Über die Möglichkeit bedingter oder befristeter Besitzübertragung :: nach bürgerlichem Recht. ::

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Königl. Universität zu Breslau

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Max Riedel

Referendar.

Breslau 1910.

Buchdruckerei F. W. Jungfer, Harrasgasse 2.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Meyer.

Dem früheren Brauereibesitzer, jetzigen Rentier

Herrn

Theodor Hoffmann

in Schweidnitz

in Dankbarkeit

gewidmet.

Literatur-Verzeichnis.

Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg, 1828.

Arravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht. Iherings Jahrbuch, Bd. 48.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen. Iherings Jahrbuch, Bd. 34, S. 1 ff.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig, 1880.

Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre in Börnhöft und Binders Beiträgen, H. 1.

Berg, Erwerb und Verlust des Besitzes, Rostocker Diss., 1905.

Bernhöft, In Birkmeyers Enzyklopädie, 1904.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht, 1903.

Brinz, Pandekten, 2. Aufl.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht, 1900.

Bruck, E., Friedr., Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte. In R. Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, H. 13.

Bruns, Die Besitzklage des römischen und heutigen Rechts. Weimar, 1874.

Bunsen, Besitzschutz. Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 23, S. 69 ff.

Colberg, Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriff nach dem Bürgerlichen Gesetz-Buch. Bonn, 1908.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Bd., 1905.

Dernburg, Pandekten, 1. Bd., 1902.

Dernburg, Bürgerliches Recht, 3. Bd., Sachenrecht, 1904.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetz-Buches, fortgesetzt von R. Leonhard, 2. Bd., 1904.

Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, Bd. I, Berlin, 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 8. u. 9. Aufl., 1905.

Enneccerus=Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Bd., 2. Aufl., 1901.

Fischer=Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetz=Buches. 7. Aufl.

Fischer, Das Sachenrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetz=Buches in Fischers Sammlung von Vorträgen, 1896, H. 3.

Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust in Leonhards Studien, 1900, 4. Heft.

Gerber, System des deutschen Privatrechts, 1895. (Cossack.)

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes in den Abhandlungen über Privatrecht und Zivilprozeß, 1897, S. 1.

Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd, Sachenrecht 1905.

Goldschmidt, Grundlagen der Besitzlehre. Vermischte Schriften, Bd. I, 1901.

Häusler, Institution des deutschen Privatrechts, Bd. II, 1886.

Häusler, Die Gewere. Weimar 1872.

Hölder, In der kritischen Vierteljahresschrift. Bd. 16, S. 533 ff.

Homeyer, Des Sachsenspiegels 2. Teil, Bd. II.

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. (Berner Festschrift für Halle, 1894.)

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig, 1908.

Ihering, Der Besitzwille. Jena, 1889.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetz=Buches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena, 1900.

Kreß, Besitz und Recht. Eine zivilrechtliche Abhandlung, 1909.

Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach dem sächsischen Rechtswillen, 1869.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetz=Buches, 2. Hälfte, 1904.

Liebezeit, Die Rechte des Eigentümers und des früheren Besitzers gegen den Besitzdiener des gegenwärtigen Besitzers. Breslauer Dissertation, 1907.

Leonhard, Rud., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900.

Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte in Leonhards Studien, Heft 5.

Maenner, Sachenrecht, 2. Aufl., 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2 Bd., 3. Aufl.

Nord, Die rechtliche Natur der Besitzübertragung. Dissertation, 1903.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-Buch, 3. Aufl.

Preiser, Die Vererblichkeit des Besitzes nach preußischem Recht. Breslauer Dissertation, 1892.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht. Leipzig, 1894.

v. Savigny, Recht des Besitzes, 7. Aufl. (Rudorff.)

Sokolowski, Der Besitz im klassischen Recht, 2. Bd., der Phil. im Privatrecht. Halle, 1907.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-Buch, 3. Bd., Sachenrecht (Kober), 1907.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin, 1896.

Strohal, Der Sachbesitz nach Bürgerlichem Gesetz-Buch. Iherings Jahrbücher, Bd. 38.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, Bd. 1, 1906.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 9. Aufl., 1906.

□ □ □

Inhalts-Übersicht.

□□□

A. Einleitung.

B. Geschichte.

C. Gibt es nach BGB. bedingten Besitzerwerb?

D. Der mittelbare Besitz kann unter einer Bedingung übertragen werden.

□ □ □

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543119_0107

A. Einleitung.

Nach der üblichen Definition[1]) sind Bedingungen und Zeitbestimmungen in einem Rechtsgeschäfte getroffene Bestimmungen, durch die seine Rechtswirkungen vom Eintritt eines zukünftigen ungewissen bezw. gewissen Ereignisses abhängig gemacht werden.[2]) Unter den Bedingungen unterscheidet man wieder aufschiebende und auflösende, je nachdem das durch das Rechtsgeschäft begründete Recht voll und ganz erst mit dem zukünftigen ungewissen Ereignisse eintreten soll oder zwar sofort seine vollen Wirkungen äußern soll, jedoch mit der Folge, daß bei Eintritt des zukünftigen Ereignisses die Wirkungen endigen und der frühere Rechtszustand wieder eintritt. Ist also die auflösende Bedingung von ganz anderer Beschaffenheit als die aufschiebende, so wirkt doch die Resolutivbedingung regelmäßig zugleich als Suspensivbedingung, indem mit dem Forfall auf seiten des bedingt Berechtigten das Recht in der Person des bedingt Übertragenden wieder entsteht, für den es also während der Schwebezeit aufschiebend bedingt war. Bedingungen[3]) können grundsätzlich nur einem Rechtsgeschäft zugefügt werden, d. h. einer Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung eintritt, weil er gewollt ist.[4]) Demnach lassen insbesondere keine Bedingung zu die sogen. Rechtshandlungen wie Spezifikation, Wohnsitzbegründung, Geschäftsführung

---

[1]) Das BGB. setzt den Begriff der Bedingung als bekannt voraus.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp, § 86; Dernburg, Pand. § 105, 113; Cosack I § 61; Crome I § 97a; E. Friedr. Bruck, Beding. feindliche Rechtsgeschäfte, § 1; Enneccerus, Rechtsgesch., Bedingung usw. I. S. 175.

[3]) Es wird im weiteren der Kürze wegen nur von Bedingungen gesprochen. Was von diesen gesagt wird, gilt auch für Befristungen.

[4]) Motive, S. 126; Enneccerus-Lehmann, S. 124; Cosack, S. 146; Matthiaß, S. 151.

ohne Auftrag, bei welchen die Rechtswirkung ohne Rücksicht auf einen dahingerichteten Willen eintritt, vielmehr an den Eintritt eines bestimmten Tatbestandes geknüpft ist. Da bei ihnen der Parteiwille die Rechtswirkungen überhaupt nicht erzeugt, so kann er sie auch nicht in Zukunft erzeugen wollen. Die Rechtshandlungen sind unbedingbar.[1])

Die Rechtsgeschäfte können dagegen in der Regel bedingt werden, soweit nicht mit Rücksicht auf den Zweck oder die Natur gewisser Rechtsgeschäfte die Unzulässigkeit der Hinzufügung von Bedingungen ausdrücklich vom Gesetz ausgesprochen ist.

Auch die Eigentumsübertragung kann unter einer Bedingung geschehen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß dies bereits nach römischem Recht möglich war, das pactum reservati dominii war eine öfter vorkommende Nebenabrede beim Kauf.[2]) Auch das gemeine Recht ließ die bedingte Tradition zu.[3]) Und ebenso ist es unzweifelhaft, daß das BGB. eine bedingte Eigentumsübertragung kennt. Für unbewegliche Sachen bestimmt allerdings § 925 BGB., daß die Auflassung nur unbedingt erfolgen könne.[4]) Die Zulässigkeit bedingter Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen aber ist in § 455 BGB. ausdrücklich anerkannt, indem das Gesetz hier bestimmt, daß der Eigentumsvorbehalt beim Kauf bis zur Zahlung des Kaufpreises im Zweifel die Wirkung einer aufschiebend bedingten Übertragung des Eigentums haben soll.

Kann auch ebenso wie das Eigentum der Besitz bedingt erworben werden, etwa in der Weise, daß der Erwerber zunächst bloßer Inhaber und erst mit dem Eintritt der Bedingung Besitzer wird? Die Frage dürfte praktisch und theoretisch nicht ohne Interesse sein.

---

[1]) Leonhard, Allgem. Teil, S. 391; Manigk, Anwendungsgeb. S. 184 ff, 295; E. F. **Bruck**, a. a. O. S. 2.

[2]) **Windscheid**, § 172; **Dernburg**, Pand. § 215.

[3]) **Windscheid**; **Dernburg** a. a. O.

[4]) Wegen des vom positiven Rechte anerkannten und demgemäß geschützten Interesses der Bestimmtheit; vgl. F. Bruck, S. 102 ff.

B. Geschichte.

I. Römisches Recht.

In den Digesten finden sich mehrere Stellen, die auf die Zulässigkeit der Hinzufügung einer aufschiebenden Bedingung bei der Besitzübergabe hindeuten. So sagt Papinian, l. 18, D. 43, 16: „. . .". . . . neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset". Ferner Pomponius, l. 33, D. 41, 2: „Fundi venditor, etiamsi mandaverit alicui, ut emptorem in vacuam possessionem induceret, priusquam id fieret, non recte emptor per se in possessionem veniet". Ulpianus, l. 34, pr. D. 41, 2: ergo nec amittet possessiomen, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione.

Vor allem aber spricht Julian in l. 38, § 1, D. 41, 2 die Möglichkeit bedingter Besitzübergabe deutlich aus:[1] „Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset, non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit. hoc amplius existimandum est possessiones sub condicione tradi posse, sicut res sub condicione traduntur neque aliter accipientis fiunt, quam condicio exstiterit".

Allerdings handelt es sich in dem von Julian angeführten Beispiel wie Kniep[2]) zutreffend bemerkt, nicht um eine eigentliche Bedingung, sondern um eine bloße Voraussetzung: Der Übergebende weiß nicht, ob er Eigentümer ist. Immerhin tritt hier ein Schwebezustand ein, während dessen der Erwerber nicht Besitzer, sondern nur Detentor ist.

---

[1]) Vgl. hierzu Savigny, R. d. Bes. S. 245 und dazu Rudorff im Anhang Nr. 73; Jhering, Besitzwille, S. 531; Pininsky, II, S. 114; Enneccerus, Rechtsgesch. usw. S. 442 ff; Bekker, R. d. Bes. b. d. Röm. S. 306; Kniep, der Besitz usw. S. 159 ff; Kreß, Bes. und Recht, S. 311 ff; Goldschmid, Grundlagen usw., S. 320; Fischer, das Sachenrecht usw. in den Samml. von Vortr. üb. d. Entw. usw. Heft 3, S. 25, Anm. 2, S. 26 und Anm. 1 dazu.

[2]) Kniep, eod.

Er hat die ähnliche Stellung wie ein Verwahrer. Schlägt die Bedingung fehl, d. h. stellt sich heraus, daß der Übergebende nicht Eigentümer ist, so wird der Erwerber auch nicht Besitzer, muß vielmehr das Grundstück herausgeben. Tritt die Bedingung ein, d. h. entscheidet es sich endgültig, daß der Übertragende Eigentümer ist, dann erlangt der Erwerber juristischen Besitz.

Daß hier Julian mindestens ein Beispiel bedingter Besitzübergabe in dem von ihm angeführten Falle selbst sieht, bezw. anführen will, geht aus der allgemeinen Fassung des Satzes possessiones sub condicione tradi posse hervor. Es ist also ganz allgemein die Zulässigkeit einer Bedingung bei der Besitzübertragung konstatiert und mit der bedingten Eigentumsübertragung in Parallele gestellt.

Ob die Bedingbarkeit der Besitzübertragung den Schluß zuläßt oder als Beleg dafür dienen kann, daß der römischen Besitztradition wenigstens in der klassischen Zeit, bereits Vertragsnatur zugesprochen wurde, mag dahingestellt bleiben.[1]) Jedenfalls war die Besitzübertragung auch an Grundstücken nicht allein auf den Vertrag abgestellt. Es war zur Vollendung der Tradition im Normalfalle — anders z. B. bei offen liegenden Grundstücken — Beseitigung des körperlichen Verhältnisses zur Sache auf seiten des Tradenten und Herstellung desselben auf seiten des Erwerbers erforderlich.[2])

Doch war andererseits auch mit der bloßen Innehabung nicht schlechthin der Besitz verbunden, vielmehr kam es stets auf den Willen des Tradenten und nicht weniger auf den des Erwerbers an. Die Gleichstellung der Besitztradition mit der Eigentumsübertragung hat daher für das römische

[1]) Vgl. darüber insbesondere Kreß, S. 309 ff, der die Frage bejaht; Kniep, § 34, S. 286, 287; Bekker, S. 339; Esmarch, vac. pos. trad. S. 49 und dazu Hölder in kritisch. Vierteljahrsschr. 16, S. 533 ff; Bruns, Besitzklagen, S. 130; Windscheid, Pand. 1, § 153, Anm. 9. Ursprünglich wurde der Akt der Besitzübergabe zweifellos als aus zwei Teilen bestehend angesehen, der Besitzaufgabe des Vorbesitzers und dem Erwerbe des neuen Besitzers, die durch einen besitzlosen Zustand getrennt waren.

[2]) Kniep, a. a. O., Kreß, § 5 IV c, S. 31 und Anm. 67.

Recht nichts Auffallendes. Einmal konnte mindestens der Aufgabewillen des Vorbesitzers unter einer Bedingung erklärt werden. Die Folge war dann, daß ihm der Besitz trotz Herstellung eines körperlichen Verhältnisses zur Sache in der Person des Erwerbers erhalten blieb. Denn es hatte eben andererseits die körperliche Gewaltausübung, die Innehabung, nicht mit Notwendigkeit den Besitzerwerb zur Folge. Es gab eine Detention, ein dauerndes tatsächliches Verhältnis von Person zur Sache, das nicht Besitz war. Man konnte daher wie von einer bedingten Eigentumsübertragung, die dem Erwerber zunächst nur Besitz verschaffte und erst mit Eintritt der Bedingung das Eigentum entstehen ließ, so auch analog von einer bedingten Besitzübertragung reden, die dem Erwerber zunächst nur Detention gewährte, die sich erst durch Eintritt der Bediugung in juristischen Besitz verwandelte.[1]) Ein solcher bedingter Besitz schwebte also keineswegs in der Luft, der Erwerber befand sich von vornherein in einer tatsächlichen Gewaltbeziehung zur Sache wie beim bedingten Eigentumserwerb. Er hatte die tatsächliche Apprehension vorweg vorgenommen; mit dem Perfektwerden des Willenserfordernisses trat Besitz ein.[2])

---

[1]) Der Unterschied besteht also nur darin, daß der Erwerber bei bedingter Eigentumsübergabe während des Schwebens der Bedingung Interdikten-Schutz hat und nur nicht usucapieren kann, bei bedingter Besitzübergabe aber nicht geschützt ist, vgl. Rudorff, i. Anh. zu Savigny, Nr. 73 und dort Zit.

[2]) Vgl. etwa noch Arch. f. zivil. Praxis, 18, S. 259: „Daß es bedingte Übergabe nach römischem Recht gebe, darüber kann ebensowenig Zweifel sein, als darüber, daß die Übergabe ihre rechtliche Wirkung nicht eher äußerte, als bis die Bedingung eingetreten ist. l 38, § 1, D. 48, 2 läßt hierüber keinen Zweifel, auch beruht der Satz (soweit) ganz in der Natur des Verhältnisses. Denn der juristische Besitz geht bekanntlich nur über, wenn der bisherige Besitzer zugunsten eines anderen animo et corpore zu besitzen aufhört. In dem der angeführten Stelle zugrunde liegenden Falle hatte der Besitzer die Absicht, den Besitz zu übergeben, nicht unbedingt und allgemein, sondern nur unter einer von ihm genau bezeichneten Voraussetzung, er hatte also jene nicht, wenn diese nicht eintrat, und so behielt er animo den Besitz zurück, den er corpore abgetreten hatte . . . . . aber was folgt hieraus? Nichts anderes, als daß eine solche bloß körperliche Tradition juristisch gar keine ist" . . . . .

Richtiger Weise wird man daher auch annehmen dürfen,[1]) daß eine der Besitztradition etwa zugefügte Resolutivbedingung nicht die Wirkung haben konnte, daß mit ihrem Eintritt der Besitz ohne weiteres rückgängig gemacht wurde. Hier hätte es der Herstellung der tatsächlichen Gewaltbeziehung, deren Erlangung zu jedem Besitzerwerb, auch dem durch Tradition, erforderlich war, zwischen dem Rückerwerbenden und der Sache ermangelt. Erst wenn der Tradent die tatsächliche Apprehension nachholte, erwarb er wiederum den Besitz.

II. Deutsches Recht.

Das der römischen possessio entsprechende Institut des deutschen Rechts ist die „Gewere".[2]) Über das Wesen der durch Albrechts Monographie[3]) in den Mittelpunkt der Erörterungen über das deutsche Privatrecht des Mittelalters gerückten Gewere hat lange Zeit Streit geherrscht. Namenthatten einige Schriftsteller versucht, den Begriff der Gewere möglichst der römischen possessio anzupassen.[4]) Diese Versuche können namentlich seit den Untersuchungen Hubers und Gierkes als gescheitert und der Streit über das Wesen der Gewere kann als abgeschlossen angesehen werden.[5])

Der Begriff der Gewere ist umfassender als der Begriff der possessio.[6]) Die Gewere ist jedenfalls auch weit

---

[1]) So Kreß, S. 311 und Anm. 843.

[2]) Gierke, Pr. R. § 113.

[3]) Albrecht, Gewere als Grundlage des ält. deutsch Sachenr.

[4]) Vgl. Heusler, Institution II, 20 und Gewere S. 50 ff, S. 114 ff; Laband Vermögensrechtl. Kl. V, S. 158 ff; ähnlich Stobbe und Lehmann bei Stobbe, § 85 und Gerber, § 68. Am schärfsten Kosack bei Gerber, § 68, Anm. 4: Sie sei im technischen Sinne nichts anderes, als der Besitz (des römischen Rechts).

[5]) Vgl. Hübner, § 28, I; Herbert Meyer, Entwertung und Eig., S. 1; Gierke, a. a. O.

[6]) Gierke, Bed. des Fahrnisbes. S. 9: „Solange bis sie gehörig gebrochen ist, hat die Gewere den Schein des Rechts für sich und drängt die Frage nach dem materiellen Sachenrecht in den Hintergrund. Die Gewere begründet eine Vermutung des in ihr erscheinenden Rechts. Darum verbindet sie mit solchen Funktionen, die denen der possessio verwandt sind, die Funktion eines sachenrechtlichen Legitimationstitels."

unabhängiger von ihrer tatsächlichen Grundlage als die possessio des römischen Rechts, ganz abgesehen von der verschiedenen Art, in welcher diese tatsächliche Grundlage im römischen Recht und andererseits im deutschen Recht ihren Ausdruck fand.

Unter Gewere ist im deutschen Mittelalter ein „äußeres Verhältnis der Person zur Sache, das von der Rechtsordnung als Erscheinungsform eines Herrschaftsrechts an den Sachen anerkannt ist“, zu verstehen.[1]) Sie ist entsprechend ihrer Wortbedeutung („Bekleidung“) gewissermaßen das Kleid, in dem die dinglichen Rechte nach außen hin auftreten: „Jede Gewere ist der Ausdruck eines in ihr behaupteten dinglichen Rechtes und jedes dingliche Recht hat den Anspruch auf Darstellung in einer Gewere“.[2]) Während also zum Tatbestande der possessio corpus und animus erforderlich ist, tritt bei der Gewere als „Tatbestandsmerkmal an Stelle des animus domini eine innerliche Beziehung“[3]) auf, nämlich die Behauptung irgend einer dinglichen Berechtigung an der Sache, mochte eine solche wirklich existieren oder nicht, wenn auch im letzteren Falle nur eine unvollkommene Gewere begründet wurde.[4]) Aber auch die faktische Sachherrschaft, die der Gewere normaler Weise zugrunde lag, war anders beschaffen als das Corpus des römischen Rechts. Während das Corpus im wesentlichen Innehabung war, äußert sich bei der Gewere beweglicher Sachen die tatsächliche Herrschaft als ein Haben, bei Liegenschaften dagegen ist die wirtschaftliche Nutzung, die Fruchtziehung oder der Zinsgenuß, der Kernpunkt der Sachherrschaft. Vgl. Ssp. Lehnr. Art. 14, § 1. Svie so it in nut unde in gelde hevet unde den tins dar ut nimt . . .

Die deutschrechtliche Liegenschaftsgewere stellt sich also normaler Weise ihrem Wesen nach als unmittelbare oder mittelbare Ntzung eines Grundstücks auf Grund eines be-

---

[1]) Gierke, D. Pr. R. § 113; Huber, S. 45 ff.

[2]) Gierke, Fahrnisbes. a. a. O.

[3]) Hübner, a. a. O. § 28, III. 1 b.

[4]) Gierke, a. a. O.; Huber, S. 41.

haupteten Rechts an der Sache dar. Eine solche Gewere, die auf der wirklichen Nutzung beruhte, konnte natürlicher Weise nicht bedingt eingeräumt sein. Denn der tatsächliche Vorgang der Nutzziehung war entweder vorhanden oder nicht. Das deutsche Recht kannte aber neben der „leiblichen" Gewere auch Fälle der Gewere, in welchen von dem Erfordernis der Nutzung gänzlich abgesehen war und dieses Erfordernis höchstens noch in der Art der Begründung zum Ausdruck kam. So hatte schon Albrecht[1]) mehrere Fälle aufgeführt, in denen die Gewere jemandem zugeschrieben wird, ohne Rücksicht auf die wirklich vorhandene faktische Ausübung, die er Fälle „juristischer" Gewere nennt. Es handelt sich in der Hauptsache um folgende vier Fälle:

1. Erwerb der Gewere durch Auflassung ohne eine körperliche Besitzeinweisung (Investitur). 2. Erwerb der Gewere durch gerichtliches Urteil. Auch der Obsiegende erlangte alsbald durch das Urteil die Gewere. 3. Übergang der Gewere an den Liegenschaften des Erblassers unmittelbar durch Erbgang.[2]) 4. Fortbestehen der Gewere trotz rechtswidriger Besitzentsetzung des Gewereinhabers.

Der Gewerebegriff hat sich also zu einem Rechtsbegriff ausgestaltet, er ist von der tatsächlichen Grundlage losgelöst, ein formales Recht. Es gibt eine ideelle, unkörperliche Gewere. So konnte das deutsche Recht auch zur Anerkennung einer bedingten Gewere gelangen.

Ein solcher Fall bedingter Gewere findet sich im Lehnrecht, wenn eine Belehnung ohne sofortige Einräumung der Gewere stattfindet, dem sogenannten Lehen unter Gedinge.[3]) So konnte die Belehnung mit einem bestimmten Gut z. B. für den Fall erfolgen, daß der gegenwärtige Lehensinhaber ohne Lehenserben stirbt. Der Belehnte erhält durch die Belehnung nicht sofort die Gewere, ihm ist sunder gewere

---

[1]) Gewere als Grundlage usw. § 4 ff; vgl. Hübner, a. a. O.; Gierke, a. a. O.

[2]) Vgl. aber hierüber Herbert Meyer, a. a. O. S. 7.

[3]) Homeyer, d. Ssp. II. Tl., II. 329 f.; Heusler, Institut. § 107 b; Albrecht, S. 284 ff.; Gierke. II, § 113, Anm. 61.

geliehen, aber der Gedingsmann erwirbt die Gewere unmittelbar durch den Tod des gegenwärtigen Lehensinhabers oder wie es im Ssp. Lehnrechts[1]) heißt, die Gewere des Gutes ist irstorven uppe ine. Es verhält sich also hier wie bei dem Erwerb der Gewere durch den Erben, vorausgesetzt freilich, daß seitens des Herrn kein Hindernis vorlag.[2]) Das Lehen wird also dem Herrn nicht ledig, es tritt kein Heimfall ein; der Herr darf sich des Gutes nicht unterwinden. Der Gedingsmann andererseits braucht nicht erst eingewiesen werden oder gar von neuem belehnt werden. Er hat mit dem Todesfall des bisherigen Lehensinhabers sofort die Gewere und kann sich ohne weiteres des Gutes unterwinden.[3])

Die Begründung einer solchen anwartschaftlichen Gewere war auch die Folge bei der einen Art der Vergabungen auf den Todesfall, der donatio post obitum.[4]) Sie war eine suspensiv bedingte Eigentumsübertragung und verschaffte dem Beschenkten zunächst nur eine bedingte Gewere, die beim Tode des Schenkers ohne weiteres jedem Dritten gegenüber voll wirksam wurde. Die Bedingung bezw. Befristung bildete der frühere Tod des Schenkers, das längere Leben des Beschenkten.

Schließlich entsteht eine solche bedingte Gewere auch bei der Begründung der jüngeren Satzung. Der Pfandgläubiger erlangte bei der jüngeren Satzung ein dingliches Recht an dem versetzten Grundstücke, allerdings nicht Eigentum oder gegenwärtige leibliche Gewere, aber eine anwartschaftliche Gewere, die zugleich „als gegenwärtige Rechtsgewere“ erscheint.[5])

---

[1]) Art. 57, § 1.

[2]) Ssp. Lehnrechts, 57, § 3.

[3]) Selbst wenn der letzte Lehensinhaber eine schwangere Witwe hinterläßt, erwirbt der Gedingsmann die Gewere. Die spätere Geburt eines Lehenserben hebt aber das Gedinge mit rückwirkender Kraft wieder auf. Vgl. Homeyer, S. 334.

[4]) Heusler, Institut. II, §§ 99, Nr. 4 und 107 B; Gierke, § 113, Anm. 87; Hübner, § 28, III, 2 a. E. und § 110.

[5]) Gierke, § 155, III; Hübner, § 53, IV.

Die anwartschaftliche Gewere hat offenbar die Natur eines bedingten Rechtsverhältnisses, sie äußerte jedenfalls die Hauptwirkung eines solchen: sie erstarkte mit Eintritt der Bedingung ipso iure zur leiblichen Gewere. Das Gedinge steht allerdings der Vergabung auf den Todesfall an Festigkeit nicht gleich. Es kann während des Schwebens der Bedingung in mehreren Fällen „gebrochen" werden. Es gibt keine Folge am Gedinge,[1]) d. h. der Erbe des Leihenden braucht es nicht anzuerkennen. Es wird ferner gebrochen durch Veräußerung des Lehens durch den Lehensherrn[2]) und selbst durch Veräußerung des Gutes durch den Lehensmann. Es ist auch zum mindesten zweifelhaft, ob das Gedinge auf den Erben des Gedingsmannes überging, wenn auch die Unvererblichkeit nicht ausdrücklich ausgesprochen ist.[3]) Der Satz, den anefall erbet er uf den nesten,[4]) spricht allerdings dafür. Aber auch bei dem Gedinge liegt eine rechtlich gesicherte Aussicht auf Erwerb der leiblichen Gewere vor. Mit dem Eintritt der Bedingung erwirbt auch der Gedingsmann ipso iure die leibliche Gewere, die nunmehr vor allem ihre Offensivkraft äußert: der Gedingsmann darf sich eigenmächtig des Gutes unterwinden.[5])

Um die Frage, ob der Besitz nach BGB.[6]) bedingt erworben werden kann, entscheiden zu können, wird es not-

---

[1]) Ssp. Lehnr. Art. 5, § 1.

[2]) Ssp. Lehnr. 57, § 5.

[3]) Vgl. Homeyer, S. 331, D. 1, b.

[4]) V. Ssp. I, 30. d. 1; Stobbe-Lehmann, § 85, Anm. 29; vgl. Homeyer, S. 329.

[5]) Daß es eine bedingtee Gwere im deutschen Recht gegeben hätte, wird zwar von Stobbe, § 85 und Anm. 29 dazu bestritten. Es handelt sich aber hierbei schließlich nur um einen Wortstreit, denn der „Anefall" Stobbes ist eben weiter nichts als eine bedingte Gewere.

[6]) Auch nach Preußischem Allgem. Landr. konnte der Besitz unter einer auflösenden Bedingung übertragen werden. Er hörte dann ipso iure mit dem Eintritt der Bedingung auf und es blieb nur der Gewahrsam des Erwerbers über. Auch hier beruhte die Möglichkeit des bedingten Besitzes darauf, daß es ein Gewahrsamsverhältnis gab, das nicht Besitz war. Vgl. Preiser, Die Vererblichkeit des Besitzes n. pr. R., S. 25; Fischer, Sachenrecht, S. 25 ff.

wendig sein, zunächst auf die Natur des Besitzes und das Verhältnis desselben zu der vom Gesetz als alleinigen Erwerbsgrund aufgestellten tatsächlichen Gewalt näher einzugehen. Nur aus dem Wesen des Besitzes als eines besonderen sachenrechtlichen Verhältnisses und aus der Natur der einzelnen Erwerbsarten lassen sich die Anhaltspunkte zur Lösung der Frage finden.

C. Gibt es nach BGB. bedingten Besitzerwerb?

I. Besitz und tatsächliche Gewalt.

Bezüglich der Frage nach der Natur des Besitzes stehen sich in der Hauptsache zwei Ansichten gegenüber: Besitz eine Tatsache und Besitz ein Recht. Der Streit ist bekanntlich uralt. Seine Quelle führt zurück bis auf die römischen Juristen.[1]) Lebhafte Erörterung hat die Frage insbesondere seit Erscheinung von Savignys Jugendwerk: „Das Recht des Besitzes" erfahren. Savigny selbst hat sie dahin beantwortet, daß der Besitz factum und Recht zugleich, nämlich seinem Wesen nach factum, in seinen Folgen einem Rechte gleich sei.[2]) Ausdrücklich als Recht bezeichnet haben ihn dann von Ihering, Bekker, für das heutige Recht Kipp,

---

[1]) Papinian, l. 19 D. 4, 6: possessio plurimum facti habet Paulus l. 1 § 3, D. 41, 2: eam rem facti non iuris esse, § 4: res facti quae infirmari iure civili non potest.

Julian, l. 36, § D. 41, 2: cum plus iuris in possessione habeat Ulpian l. 38, § 3 D. 45, 1: minuitur ex iure, quod habuit.

Weitere Quellenstellen s. bei Goldschmidt, Grundlagen, S. 73/74, Ihering, Geist d. röm. Rechts, 3. Teil, S. 365, Anm. 482; Bekker, Bes. bei den Römern, § 30. Man würde aber zu weit gehen, wollte man annehmen, daß in diesen Stellen ein eigentlicher Prinzipienstreit zum Ausdruck komme. Es handelt sich offenbar in den einzelnen Fällen nicht um Eingliederung in das System, sondern mehr um eine Hervorhebung der verschiedenen Elemente des besonders gearteten Besitzverhältnisses. So findet sich der Gegensatz der Bezeichnung des Besitzes als ius und andererseits als factum auch in Aussprüchen eines und desselben Juristen vgl. oben, Papinian u. Paulus mit Papinian, 1. 44, pr. D. 41, 2 . . . ius possessionis . . . non videri peremptum, Paulus, 1. 2, D. 43, 17, possessor . . . . plus iuris habet.

[2]) Vgl. Savigny, a. a. O., § 5.

Endemann, Enneccerus, Matthiaß, Fischer, Bunsen, Bruck u. a. m. An seiner tatsächlichen Natur halten fest Planck, Strohal, Dernburg, Eck, Bernhöft.[1])

Um zur richtigen Erkenntnis des Wesens des Besitzes zu gelangen, muß man, wie Planck[2]) zutreffend bemerkt, davon ausgehen, daß das Gesetz an die Erlangung der tatsächlichen Gewalt den Erwerb des Besitzes, an den Verlust der tatsächlichen Gewalt die Beendigung des Besitzes knüpft, also an das Bestehen der tatächlichen Gewalt das Bestehen des Besitzes. Verfehlt ist jedoch die daraus gefolgerte Identifizierung von Besitz und tatsächlicher Gewalt. Das Gesetz sagt: Wer die tatsächliche Gewalt erlangt und nicht verloren hat, der hat Besitz, es sagt: tatsächliche Gewalt haben wirkt Besitz haben, es sagt aber nicht: die tatsächliche Gewalt ist gleich dem Besitz.[3])

Die tatsächliche Gewalt ist der gesetzliche Erwerbsgrund des Besitzes, nicht aber der Besitz selbst. Auch der, der das Eigentum durch Okkupation oder Tradition erworben und nicht aufgegeben hat, ist Eigentümer. Okkupation und Tradition mit dem bisherigen Eigentümer vorgenommen haben, heißt das Eigentum erworben haben, aber Okkupation und Tradition sind nicht das Eigentum selbst. Nicht ist also Besitz gleich tatsächliche Gewalt, sondern Besitzerwerb gleich Erlangung der tatsächlichen Gewalt.

Gewiß ist es richtig, daß grundsätzlich[4]) für das Bestehen des Besitzes das Vorhandensein der tatsächlichen

[1]) Besitz als Recht: Bekker, Aphorismen, S. 18; Kipp zu Windscheid, I, S. 696 ff., Endemann, II § 25 und 189, Eltzbacher, Bd. I, S. 322 ff.; Bunsen, im Arch. f. bürgerl. R. XXIII, S. 85 u. 94; Landsberg, S. 521; Mutthiaß, II S. 3; Lehmann in Enneccerus-Lehmann, II § 2 Nr. 5; Bruck, bei Leonhard, S. 119; Fischer, Sachenrecht 25 Besitz eine Tatsache: Planck, III, S. 28 ff.; Strohal, Jahrb. f. Dogm. XXXVIII, 63 ff.; Dernburg III, S. 43; Eck II, S. 2; Bernhöft. S. 496 u. a.

[2]) Planck, Erl. zu § 854.

[3]) Vgl. Liebeszeit, S. 5.

[4]) Vgl. Cosack, § 185, II, 2: „Vorübergehend kann ein Besitz ohne tatsächliche Herrschaft vorkommen. Insbesondere geht ein einmal erworbener Besitz dadurch, daß der Besitzer die früher von ihm erlangte

Gewalt notwendige Voraussetzung ist. Gleichwohl besteht der Besitz nicht bloß aus der tatsächlichen Gewalt. Denn mit dem Moment der Herstellung der tatsächlichen Gewalt entspringen aus dem damit zugleich herbeigeführten Besitzverhältnis Rechtsfolgen, die von dem Bestehen der tatsächlichen Grundlage, von dem Besitz als Tatbestand, ausnahmsweise sogar unabhängig sind: „Der Besitzer kann unter Umständen seinen Besitz verlieren und doch sein Besitzrecht, insbesondere das Recht auf Wiedergewinnung des Besitzes behalten.“[1])

Diese rechtlichen Besitzfolgen von dem Besitz im Rechtssinne zu unterscheiden, eine Zweiteilung von Besitz, der eine Tatsache sei, und dem ius possessionis vorzunehmen, wie viele es tun,[2]) ist verfehlt. Man kann nicht den Tatbestand für sich losgelöst von seinen Folgen als selbständiges Verhältnis und andererseits die Rechtsfolgen als ein eigenes Recht betrachten, das nur im Besitz seine Wurzel hat, und danach den Besitz zwar als tatsächliches Verhältnis definieren, aus dem aber gewisse Rechtsfolgen entspringen. Gerade die eigentümliche Verschmelzung des dem Besitze zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisses mit seinen rechtlichen Folgen ist ja, was dem Besitz sein besonderes Gepräge verleiht. Daß die aus dem Besitz entstehenden rechtlichen Folgen bisweilen weiter fortdauern als der Besitz selbst (nämlich bei Entziehung des Besitzes), rechtfertigt die Ansicht, daß der Besitz eine bloße Tatsache sei, noch nicht. Denn er besteht eben nicht bloß aus der tatsächlichen Grundlage, sondern aus der tatsächlichen Grundlage plus den mit ihr zugleich geborenen Rechtsfolgen, die unter Um-

tatsächliche Herrschaft nachträglich wieder einbüßt, nicht sofort verloren; ja es ist sogar möglich, daß dem Besitzer die tatsächliche Herrschaft von Anfang an, also schon in der Stunde, da er sein Besitz erstmalig erwarb, gefehlt hat. Nur ein dauernder Mangel tatsächlicher Herrschaft schließt den Besitz unbedingt aus.“

[1]) Cosack, § 189, I, 2.

[2]) Lehmann in Enneccerus-Lehmann II, § 4 Nr. 1, Crome § 342 Nr. 5 Cosack a. a. O.

ständen allerdings noch über sein Ende hinaus wirken. Der Grund ihrer Existenz liegt aber bereits im Besitz. Es sind Ansprüche, die aus der Verletzung des dinglichen Besitzverhältnisses, das inzwischen beendet ist, entstanden sind.

Der Besitz besteht also weder aus der tatsächlichen Gewalt, auf der er sich aufbaut, allein, noch aus den Rechtsfolgen allein, sondern in der innigen Verbindung beider Elemente seines Wesens.

Dem scheint die Bestimmung des BGB. § 2025 Satz 2, wonach ein gutgläubiger Erbschaftsbesitzer wegen verbotener Eigenmacht nur haftet, wenn der Erbe den Besitz der Sache bereits tatsächlich ergriffen hatte, zu widersprechen. Aus dem Unterschied der hiernach zwischen dem mit dem Eintritt des Erbfalls auf den Erben übergegangenen Besitz und der tatsächlichen Ergreifung des Besitzes durch den Erben gemacht wird, folgern manche Schriftsteller,[1]) daß der Erbe mit dem Eintritt des Erbfalls nur in die Besitzrechte des Erblassers einrücke, daß er die tatsächliche Gewalt aber erst selbständig begründen müsse. Das Besitzrecht könne der Erbe nicht nochmals ergreifen. Wenn von Ergreifung des Besitzes die Rede sei, so könne es sich nur um die Ergreifung der tatsächlichen Gewalt handeln.

Wie jedoch weiter unten noch auszuführen sein wird, hat auch der Erbe sogleich beim Eintritte des Erbfalles die tatsächliche Gewalt. Tatsächliche Gewalt deckt sich nicht mit tatsächlicher Ergreifung der Sache. Die Ergreifung ist nur die Realisierung der tatsächlichen Gewalt. Auch der, der Wild in einer Schlinge gefangen hat, nm nur ein Beispiel anzuführen, hat die tatsächliche Gewalt im Sinne des Gesetzes, auch wenn er das Wild nicht tatsächlich ergriffen hat. Die Vorschrift des § 2025 Satz 2 ist lediglich eine Billigkeitsbestimmung gegenüber dem gutgläubigen Besitzer, der wegen verbotener Eigenmacht nicht haften soll, solange der Erbe die Erbschaftssache, — obwohl er bereits mit dem Erbfall Besitzer geworden und daher auch die tatsächliche Gewalt hat — noch nicht tatsächlich ergriffen hat.

---

[1]) Elzbacher S. 323, Strohal, Sachbes. S. 62.

Mit dem Ausdruck „tatsächliche Gewalt" hat das Corpus des römischen Rechts wiedergegeben werden sollen. Unter diesem nach römischem Recht neben dem animus für den Erwerb des Besitzes erforderlichen Tatbestandsmerkmal verstand die ältere gemeinrechtliche Lehre eine unmittelbare Berührung des eigenen Körpers mit der zu erwerbenden Sache und mußte daher zu den Aushilfsmitteln eines Erwerbes durch symbolische Handlungen greifen, um die bereits im römischen Rechte anerkannten Fälle des Erwerbes genügend zu erklären, in welchen eine solche körperliche Berührung für die Feststellung des Vorhandenseins des Corpus nicht erforderlich war.[1]) Savigny verwarf diese Lehre und definierte das Corpus als „die physische Möglichkeit auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen."[2]) An dieser lange Zeit herrschend gewesenen Formulierung des Corpusbegriffs hat dann später Windscheid[3]) den Zusatz „und jede fremde Einwirkung usw." als unrichtig bezeichnet unter der Begründung, es sei nicht erforderlich, „daß man mächtiger sei als alle anderen, denen es in den Sinn kommen möchte, auf die Sache einzuwirken", sondern nur, daß gegenwärtig keine fremde Macht die unsrige ausschließe; er hat demgemäß diesen Zusatz gestrichen und die nunmehr übrig bleibende Möglichkeit beliebiger, unmittelbarer Einwirkung auf die Sache mit dem Ausdruck „tatsächliche Gewalt" bezeichnet. Der erste Entwurf des BGB. übernahm diesen Ausdruck, indem er getreu dem römischen Vorbilde in § 797 bestimmte: der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (Innehabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille). Also corpore et animo des römischen Rechts. In der zweiten Kommission wurde das Erfordernis des Besitzwillens als

[1]) Vgl. l. 1, § 2, D. 41, 2 . . . . . . Non est enim corpore et tactu necesse aprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.

[2]) Recht des Bes., S. 210.

[3]) Lehrb., § 153, Anm. 3.

gesetzlicher Faktor des Besitzerwerbes fallen gelassen, der Ausdruck „tatsächliche Gewalt“ aber beibehalten.

Man hat demnach allerdings eine alte Formel aus der gemeinrechtlichen Lehre übernommen.[1]) Aber nur eine Formel. Was diese besagen soll, was unter dem Begriff der tatsächlichen Gewalt zu verstehen ist, ist im Gesetz nicht ausgesprochen. Die Savignysche Formulierung ist aber mit Recht bereits für das römische Recht als unzutreffend angegriffen worden. Die gegenwärtige unmittelbare Einwirkung auf die Sache fehlt in vielen Fällen des vom römischen Recht unzweifelhaft anerkannten Besitzerwerbes, z. B. des Besitzerwerbes durch Übergabe der Schlüssel, durch longa manu traditio und beim Wildfang in aufgestellten Fallen.[2]) Man hat daher nach verschiedenartigsten Versuchen einer Formulierung des Corpusbegriffes[3]) schließlich mit Recht erkannt, daß die Frage, in welchem Moment das dem Besitz zugrunde liegende tatsächliche Machtverhältnis verwirklicht ist, eine Tatfrage ist, bei deren Beurteilung im wesentlichen auf die Anschauung des Verkehrs, auf die lebendige Lebensauffassung Rücksicht zu nehmen ist.[4]) Am zutreffendsten hat wohl Goldschmidt[5]) das Wesen des Besitzcorpus auf Grundlage der römischen Quellen dahin gekennzeichnet, daß es ein Machtverhältnis sei, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint. Nicht in der „juristischen Reflexion“, noch in der „positiv recht-

---

[1]) Kipp zu § 148 — 151 I a, S. 783, vgl. auch Kniep, a. a. O., S. 3.

[2]) Vgl. im einzelnen Goldschmidt, § 15, S. 148.

[3]) Vgl. insbesondere Randa, S. 405, Anm. 5 und die dort Zitierten; vgl. auch Berg, a. a. O., S. 14.

[4]) Randa, S. 406; Goldschmidt, Festg. S. 65: Maßgebend ist die Verkehrsanschauung.

[5]) Grundl., S. 71, 72, 78, 163, vgl. Planck, Erl. II, zu § 854 und dort Zitierte; Berg, S. 14; Crome, § 347 II, 1 u. 1 b. Rechtspr. d. OLG., S. 26: „Die Macht über eine Sache hängt nicht bloß von der persönlichen physischen Kraft ab, sondern auch von der allgemeinen Anschauung und den Regeln der bürgerlichen Gesellschaft, der öffentlichen Ordnung usw., zufolge deren niemand ohne weiteres in die geordnete Herrschaftssphäre eines anderen einzugreifen pflegt.“

lichen Normierung", noch im „subjektiven Bewußtsein und Willen des Einzelnen", sondern allein „in dem freilich wechselnden und unter der Zucht der Moral wie des Rechts stehenden Gemeinbewußtsein" liegt seine Quelle. Das muß auch für das heutige Recht gelten. Man hat in der zweiten Kommission die Schwierigkeit, diesen sozialen Verkehrsbegriff in eine juristische Formel zu bringen, nicht verkannt, hat aber doch den Ausdruck tatsächliche Gewalt gewählt, um wenigstens einen gewissen Anhalt für die Beurteilung des Besitzerwerbes zu geben;[1]) „daß zum Besitzerwerb Erlangung der tatsächlichen Gewalt notwendig sei, werde in allen Fällen zutreffen. Nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen sei es dann zu beurteilen, ob das tatsächliche Verhältnis der Person zur in Besitz genommenen Sache ausreiche, um den Besitz als fortbestehend anzusehen".

Man muß also zweierlei auseinander halten, die tatsächliche Gewalt und die Art, wie sie erworben wird, die Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Beides wird vom römischen Recht durch Corpus ausgedrückt. Denn wenn es heißt: apiscimur possessionem corpore et animo,[2]) so kann Corpus offenbar nur im Sinne der Erlangung der tatsächlichen Gewalt gemeint sein. — In Wahrheit sind beide Begriffe verschieden. Die Erlangung der tatsächlichen Gewalt ist eine Handlung. Und als solche ursprünglich rein sinnfällig zu verstehen. Die erlangte tatsächliche Gewalt selbst aber ist ein Herrschaftsverhältnis, das notgedrungen als ein ideelles, sublimiertes Verhältnis (Goldschmidt) verstanden werden muß und mußte. Denn anderenfalls würde zum Fortbestehen der tatsächlichen Gewalt und damit des Besitzes eine beständige Ausübung derselben durch reale Akte zum mindesten dort erforderlich sein, wo nach der Verkehrsanschauung zu ihrer Begründung solche reale Erwerbsakte (Ergreifung, Wegführung, Verwahrung, bei unbeweglichen Sachen Betretung, Einzäunung u. dergl.) not-

[1]) Vgl. Protok., S. 3334 und 3335.

[2]) 1. 3, § 1, D. 41, 2.

wendige Voraussetzung sind. Die tatsächliche Gewalt besteht aber (auch ohne beständige Gewaltausübung), einmal begründet, so lange fort, bis sie freiwillig aufgegeben wird oder sonst ein der Annahme ihrer Existenz widersprechender Zustand, insbesondere die dauernde Verhinderung in der Ausübung, eintritt (§ 856 BGB.).

Die tatsächliche Gewalt in dieser vergeistigten Form erlangt auch derjenige, der nach § 854 Absatz 2 den Besitz durch Einigung mit dem Vorbesitzer erwirbt, wie später dargetan werden soll. Es hat sie auch, wie bereits bemerkt, der Erbe.[1])

[1]) Man hat je von den verschiedenen Standpunkten bezüglich der Natur des Besitzes aus den § 857 auch verschieden ausgelegt. So führt Strohal, Sachbes. S. 62 aus, daß die Succession gemäß § 857 lediglich in die Besitzrechtsfolgen stattfindet. Wir haben aber bereits gesehen, daß es falsch ist, diese Rechtsfolgen als gesondertes Ganze zu betrachten. Die Rechtsfolgen allein kann kein Nachfolger im Besitz haben, ohne den Besitztatbestand in seiner Person verwirklicht zu haben, und andererseits kann man sich den Tatbestand nur an eine bestimmte Person geknüpft denken. — Erklärt man den Besitz schlechthin für ein subjektives Recht, so bietet der § 857 allerdings keine Schwierigkeit. Wäre aber der Besitz schlechthin ein dingliches Recht wie die übrigen Rechte, so wäre § 857 auch ganz überflüssig, der Besitz vererbte sich nach der allgemeinen Regel. — Planck sieht in § 857 eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß der Besitz eine tatsächliche Gewalt sei. § 857 bedeute, daß eine im Besitz des Erblassers befindlich gewesene Sache im Sinne des Gesetzes als durch Rechtsnachfolge in den Besitz des Erben gelangt anzusehen sei. Ähnlich spricht Lehmann von fingiertem Besitz des Erben (S. 71). Wenn aber das Gesetz nur eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Erbschaftserwerb in § 857 hätte vorschreiben wollen, so wäre offenbar eine dementsprechende Fassung gewählt (Liebezeit, S. 9). — Das Richtige dürfte wohl sein, daß auch hier wie in § 854 Abs. 2 der Erbe sogleich die tatsächliche Gewalt hat. „Verkehrsschutz und Staatsschutz sichern auch ihn bereits genügend und machen den Erben zum tatsächlichen Herrn der Nachlaßsachen, noch ehe er es selber weiß und seine tatsächliche Gewalt ausübt" (Berg, S. 72). Faßt man die tatsächliche Gewalt als den idealisierten Gewaltbegriff im obigen Sinne auf, so dürfte sich kein Bedenken ergeben, auch dem Erben die tatsächliche Gewalt vom Augenblicke des Erbfalles an zuzusprechen, wenngleich er sie vielfach erst später wirklich ausübt.

Die tatsächliche Gewalt in dem geschilderten Sinne ist in der Tat ein ideelles, sublimiertes Machtverhältnis, kein roher Gewaltbegriff im Sinne einer rein physischen oder räumlichen Gewalt. Gleichwohl deckt sich auch mit der tatsächlichen Gewalt in dieser verfeinerten Form der Besitz im Rechtssinne nicht.[1]) Vielmehr ist die Frage über die Art und Beschaffenheit des nach dem Gesetz erforderlichen Erwerbsgrundes des Besitzes unabhängig von der Frage nach der Natur des auf diese Weise erworbenen Besitzes und umgekehrt.[2]) Die Grundlage des Besitzes ist und bleibt ein rein tatsächliches Verhältnis. Die Verkehrsanschauung mag darüber entscheiden, wann und wo diese tatsächliche Gewalt vorhanden ist. Aber nun tritt die Rechtsordnung heran, pflanzt in dieses tatsächliche Verhältnis einen Keim von Rechtsfolgen und stempelt es zu einem rechtlichen Begriffe, zum Besitz im Rechtssinne.[3]) Demnach ist der Besitz als solcher weder das ihm zugrunde liegende tatsächliche Verhältnis allein, noch das über der tatsächlichen Grundlage sich aufbauende und nach dem Willen der Rechtsordnung aus ihr erzeugte Recht des Besitzes allein, er ist auch nicht Recht und Tatsache zugleich, sondern er ist ein eigenartig gestaltetes Rechtsverhältnis, das, aus tatsächlicher Grundlage entstehend, nunmehr ein neues Ganzes bildet, unlöslich mit seinem tatsächlichen Grundelement verbunden, mit ihm bestehend und vergehend, aber als Recht wirkend, soweit nicht die eine Seite seines

---

[1]) Wie z. B. Planck, a. a. O.; Berg, S. 16 u. A. annehmen.

[2]) Vgl. Endemann, S. 131 § 25 Anm. 1.

[3]) Vgl. Kniep, S. 6: „Das körperliche Verhältnis ist der Schwerpunkt beim Besitzbegriffe. Das körperliche Verhältnis als solches vermag die Rechtsordnung nicht zu schaffen, insofern ist jeder Besitz tatsächlicher Natur. Aber die Rechtsordnung bemächtigt sich dieses Tatsächlichen, indem sie unter gewissen Voraussetzungen mit dem körperlichen Verhältnis gewisse Wirkungen verbindet. So wird das körperliche Verhältnis ausgestaltet zu einem Rechtsverhältnis."

Wesens, das Bleigewicht der tatsächlichen Grundlage, es zu den intensiveren Wirkungen der Vollrechte unfähig macht.[1])

Über diese eigentümliche Wesensart des Besitzes besteht im Grunde genommen auch kein Streit.[2]) Streitig ist nur seine Einreihung im Rechtssystem, indem man sich vergeblich bemüht, ihn in die Kategorie der bloßen Rechtstatsachen oder andererseits der subjektiven Rechte einzuzwängen. Sein Wesen erschöpft sich aber weder in einem bloßen tatsächlichen Verhältnis, noch geht er restlos im Begriffe des subjektiven Rechts auf. Da der Ausdruck „Recht", jedenfalls immer dort, wo der Gesetzgeber mit bewußtem Hinblick auf den Besitz seine Bestimmungen über „Rechte" gibt, nur das materielle Vollrecht umfaßt,[3]) und aus einer gelegentlichen Nebeneinanderstellung von Besitz und Recht für eine systematische Gleichstellung nichts gefolgert werden kann, so bleibt im einzelnen doch stets zu prüfen, inwieweit die für Rechte gegebenen Vorschriften auf den Besitz anwendbar sind oder nicht. Mit Recht bemerkt daher Berg[4]): „Die Wissenschaft sollte den Gegensatz zwischen Besitz und Recht

---

[1]) Nicht zweifache Natur hat der Besitz, wie Savigny lehrte, sondern man muß zwei verschiedene Seiten seines Wesens unterscheiden. Die allgemeine Verkehrsanschauung allerdings vermag, wie Kolberg S. 32 richtig bemerkt, die tatsächliche Seite des Besitzes und seine rechtliche, d. h. den dem tatsächlichen Besitze im objektiven Rechte gewährten Schutz, keineswegs auseinander zu halten.

[2]) So sagt Kniep, S. 6, obwohl er an der tatsächlichen Natur des Besitzes festhält, wörtlich: „Genau genommen ist der Besitz nur ein eigenartiges Rechtsverhältnis, das sich durch seine tatsächliche Grundlage von den sonstigen Rechtsverhältnissen auf dem Gebiete der Vermögensverhältnisse unterscheidet: Der Besitz ist ein Rechtsverhältnis tatsächlicher Art. Vgl. ferner: Gierke, § 114, II. S. 213: „Rechtlich qualifizierte Sachherrschaft". Endemann, Bd. 2, Abt. 1, S. 130: „Der Besitztatbestand wird durch die gesetzliche Anerkennung und Angliederung bestimmter Schutznormen zu einem Rechtsverhältnis eigener Art erhoben." Goldschmidt, S. 73: „Mit Rechtselementen versetzt."

[3]) Vgl. Gierke, a. a. O. a. E.

[4]) A. a. O. S. 3.

nicht durch eine unklare Terminologie verwischen, sondern möglichst deutlich ins Licht setzen".[1])

In der Tat unterscheidet sich der Besitz aber von den subjektiven Rechten ganz wesentlich durch seine Abhängigkeit von der tatsächlichen Grundlage, durch die enge Umgrenzung seiner Wirkung im Prozesse, wo nur ein Streit um den „besseren" Besitz möglich ist, dem Rechte aber der Besitz stets unterliegt, und schließlich durch seine mit dem Zweck seines Schutzes — Verhinderung eigenmächtiger Änderung in der tatsächlichen Verteilung der Sachgüter im Interesse der Rechtssicherheit — zusammenhängenden Loslösung von der materiellen Rechtslage, die selbst den Schutz des durch Rechtsbruch entstandenen Besitzes ermöglicht.

Die Einreihung des Besitzes unter den Begriff der subjektiven Rechte ist eine Frage der Anpassung, und man wird nicht sagen können, daß seine Stellung gegenüber den materiellen Rechten klarer wird, wenn man ihn als (Minder)-recht bezeichnet. Die Notwendigkeit der Prüfung der Anwendbarkeit für Rechte gegebener Vorschriften auf den Besitz wird dadurch nicht aus der Welt geschafft, die Gleichstellung der Begriffe könnte aber leicht zur unterschiedslosen Gleichstellung im Einzelfalle verleiten.[2])

Man hat den Besitz, um seine eigenartige Stellung zu charakterisieren, auch eine „Rechtsposition"[3]), „Rechtsherrschaft", „Rechtsstellung"[4]) genannt. Da der Besitz aber dann jedenfalls nur allein diese neu aufgestellte Kategorie ausmacht, so ist damit, abgesehen von der Unbestimmtheit dieses Ausdrucks[5]) nicht allzuviel gewonnen.

---

[1]) Auch unter den Begriff der Rechtstatsache läßt sich der Besitz nicht restlos einreihen. Er unterscheidet sich von den bloßen juristischen Tatsachen vor allem durch seinen selbständigen Schutz, seine Übertragbarkeit und Vererblichkeit.

[2]) Daß sich rein theoretisch betrachtet und ohne Rücksicht auf die positiven Bestimmungen des BGB. bei genügend weiter Fassung des Begriffes „Recht" der Besitz diesem Begriffe unterordnen läßt, ist kaum zu bezweifeln.

[3]) Motive, Bd. III, S. 111.

[4]) Cosack, Lehrb. § 185, II, 4.

[5]) Dernburg, a. a. O. III, § 11, Nr. 2 und Anm. 4 dazu; Crome, § 342, Nr. 7.

So bildet der Besitz ein eigentümlich gestaltetes sachenrechtliches Verhältnis auf tatsächlicher Grundlage, aber mit rechtlichen Funktionen. Welche der für Rechte gegebenen Bestimmungen auf ihn Anwendung finden, ist im einzelnen zu prüfen. Gerade aber bei der Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften über den Erwerb von Rechten zeigt sich das vielgestaltige, „proteus“artige Wesen (Bekker) des Besitzes und die Schwierigkeit, ihn in einen der festen Rahmen Recht oder Tatsache einzuordnen, recht deutlich. Mit Rücksicht auf die Art seines Erwerbes offenbart er sich als ein Rechtsverhältnis von feinster Differenzierung in seinen Erkennungsmerkmalen, so mannigfaltig als das Leben selbst.

II. Die einzelnen Erwerbsarten.

So vielgestaltig nun auch der Erwerb der tatsächlichen Gewalt und damit des Besitzes sein kann, so lassen sich doch gewisse Hauptgruppen unterscheiden, die nachfolgende Tabelle veranschaulichen möge:

<table>
<tr><td>Einseitiger Besitzerwerb.</td><td>I. Okkupatorischer Erwerb.
1. Erwerb besitzfreier Sachen: Schöpfen von Wasser aus dem Fluß, Sammeln von Perlen am Meeresstrand usw. Ansichnehmen eines verlorenen Gegenstandes auf offener Straße.
2. Besitzentziehung durch Entreißen eines von einem andern besessenen Gegenstandes oder durch Vertreibung, Überwältigung eines Grundstücksbesitzers.</td><td rowspan="2">Originärer Erwerb.</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Zweiseitiger Besitzerwerb. Erwerb unter Mithilfe des bisherigen Besitzers.</td><td>II. Erwerb durch körperliche Übergabe beweglicher Sachen oder Einräumung freien Besitzes an Grundstücken seitens des bisherigen Besitzers (gestatteter Erwerb). Erwerb nach Abs. 1 § 854.</td></tr>
<tr><td>III. Erwerb durch Besitzübertragungsvertrag, durch bloße Einigung unter der Voraussetzung freier Besitzeingangsmöglichkeit seitens des Erwerbers, z. B. Einigung über den Besitzübergang offen liegender Grundstücke, im Walde lagernden Holzes, im Hafen verankerter Flöße. Erwerb nach § 854 Abs. 2.</td><td>Derivativer Erwerb.</td></tr>
</table>

1. Okkupatorischer Besitzerwerb.

Die tatsächliche Gewalt über bewegliche Sachen wie Grundstücke wird im Falle des einseitigen Erwerbs durch reale Herrschaftshandlungen hergestellt, und zwar in der Regel durch unmittelbare körperliche Ergreifung (corpore et tactu), wenn auch nicht gerade immer handhafte Ergreifung erforderlich ist, wie bei der Okkupation von Tieren, wo das Erlegen und Fangen in Fallen und Schlingen genügt. Dies gilt für die Okkupation besitzfreier Sachen und mindestens die gleiche Anforderung wird von der Verkehrsanschauung für die Besitzentziehung gefordert.

Unter Umständen genügt zwar die Herstellung eines Raumgewahrsams: Früchte fallen in den Garten des Nachbars, Bienen bauen Honigwaben in den Bäumen des Gartens, Vögel legen Eier in den Hofraum oder Garten u. dergl.

Stets aber ist es nicht eine bloße Willenskundgebung des Okkupanten, die ihm den Besitz verschafft, sondern ein physischer Akt, in der Regel eine körperliche Apprehensionshandlung. Ob bei diesem okkupatorischen Erwerbe das Vorhandensein eines Erwerbswillens in der Person des Erwerbers vorhanden sein muß, ob neben dem Corpus stets die Existenz eines Besitzwillens nachzuweisen sein muß, soll hier nicht näher erörtert werden.[1]) Grundsätzlich wird sich die Existenz eines Besitzwillens seitens des Erwerbers da, wo die Verkehrsauschauung zweifellos das Vorhandensein einer tatsächlichen Gewalt annimmt, wohl immer nachweisen lassen; der Wille wird um so intensiver zum Ausdruck kommen, je weniger realisiert die physische Beziehung zu der zu erwerbenden Sache ist. Der Besitzwille, dies genügt uns zu erkennen, hat hier niemals die Bedeutung eines rechtsgeschäftlichen Willens. Er ist ein natürlicher Wille, auf den rein tatsächlichen Erfolg der Herstellung realer Machtbeziehung von Person zur Sache gerichtet. Auf die

---

[1]) Ausführlich behandelt die Frage Kolberg, Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriffe; vgl. auch Kreß, S. 33.

rechtliche Willensfähigkeit des Erwerbers kommt es nicht an, es genügt, daß er ein natürliches Willensvermögen besitzt. Dies wird in der Literatur jetzt fast allgemein angenommen.[1]) Auch Geisteskranke und Kinder können eine Sache haben wollen.

Ein derartig rein tatsächlicher Herstellungsakt, der in der Verbindung der Herstellung eines physischen Raumverhältnisses oder körperlicher Handlungen mit einer natürlichen Willensäußerung besteht, kann auch nicht in seiner Entstehung rechtsgeschäftlich qualifiziert sein. Der rein tatsächliche Wille des Erwerbers offenbart sich entweder dadurch, daß er eine Sache ergreift oder eine physische Machtbeziehung zu ihr herstellt, oder daß er es nicht tut. Die Zufügung einer rechtsgeschäftlichen Beschränkung ist hier ein Widerspruch in sich selbst. Soweit der einseitige Besitzerwerb in Frage kommt, sagt Leonhard[2]) mit Recht: „Man könne es nicht offen lassen, ob man Besitz ergreift oder nicht, so daß sich dies später entscheiden soll". Der okkupatorische Erwerb ist zweifellos eine bloße Rechtshandlung, die nicht bedingt oder befristet vorgenommen werden kann.

2. Erwerb durch reale Übertragung.

Gehen wir nun zu der Frage über, ob der unter Mithilfe des bisherigen Besitzers erfolgende Besitzerwerb eine Bedingung oder Befristung verträgt, und betrachten zunächst das Verhältnis des Abs. 2 § 854 — „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben" — zu der Bestimmung des Abs. 1 — „Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben" —, so ist zunächst ohne weiteres ersichtlich, daß Abs. 2 Fälle des durch Mithilfe des Vorbesitzers vor sich gehenden, Abs. 1 aber sicherlich mindestens den ganzen ursprünglichen Erwerb umgreift. Es entsteht aber die Frage, ob in Abs. 2 alle

---

[1]) Anders z. B. Endemann.

[2]) Der Allg. Teil des BGB. § 87 V; S. 391.

Fälle des vom Vorbesitzer erworbenen Besitzes herausgegriffen sind, und ob in dem § 854 also in Abs. 1 gesagt sein soll, „die eine Art des Besitzerwerbes, der ursprüngliche, wird durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt vollzogen“ und im Abs. 2 im Gegensatz dazu für den unter Mitwirkung des Vorbesitzers sich vollziehenden Erwerb die Bestimmung getroffen wird, daß bei diesem die Einigung genügen soll, wenn eine bestimmte Voraussetzung, nämlich die Möglichkeit, die tatsächliche Gewalt auch wirklich ausüben zu können, in der Person des Erwerbers erfüllt ist. Mit anderen Worten: Umfaßt der Abs. 1 bloß die Fälle des ursprünglichen Erwerbes, und ist für den Erwerb durch Übertragung ein anderer Erwerbsgrund maßgebend, nicht die tatsächliche Gewalterlangung durch bloße faktische Vorgänge, sondern ist hier die Einigung allgemein als Erwerbsfaktor neben der faktischen Gewalterlangung aufgestellt? Und stellt sich Abs. 2 nur als eine Einschränkung dieser letzteren Bestimmung, die gleichsam zwischen den Zeilen stehend aus der Fassung des Abs. 1 und 2 zu folgern wäre, dar, so daß für denjenigen Besitzwechsel, der unter der tatsächlichen Voraussetzung der unbehinderten Besitzeingangsmöglichkeit auf seiten des Erwerbers sich vollziehen soll, von dem Erfordernis der vollkommenen Herstellung der tatsächlichen Gewalt durch einen faktischen Herstellungsakt abgesehen ist?

Dies wird vielfach angenommen.[1]) Demnach würde das Gesetz beim Besitz zwei verschiedene Arten des Erwerbes aufstellen, den originären und den Besitzerwerb durch Übertragung seitens des Vorbesitzers. Jener wäre in seinen Voraussetzungen nach Abs. 1 § 854 zu beurteilen, dieser nach einem aus der Fassung des Abs. 2 zu folgernden

[1]) Vgl. Crome, System § 347 II, 3; Endemann, Lehrb. § 37, 3 a; wohl auch Fischer in Fischer-Henle, Anm. 8 zu § 854: „Die Einigung ist der gesetzestechnische Ausdruck für den sogen. abstrakten dinglichen Vertrag, welcher nach dem BGB. bei jedem Erwerb eines dinglichen Rechts, einschließlich des Besitzes, durch Übertragung, nicht aber bei anderen derevativen . . . . Erwerbsarten vorhanden sein muß.“

Obersatze: Der Besitzerwerb durch Übertragung seitens des bisherigen Besitzers bedarf außer der Herstellung der tatsächlichen Gewalt in jedem Falle auch der Einigung zwischen Vorbesitzer und Erwerber. Dazu Untersatz Abs. 2: Unter der Voraussetzung gewaltfreier Eingangsmöglichkeit seitens des Erwerbers genügt allerdings die Einigung, sie ersetzt die reale Übergabe. Man kann aber nicht etwa die Aufstellung des Obersatzes von jenem Standpunkte aus für überflüssig erklären, indem man alle Fälle der Übertragung durch Abs. 2 umfaßt ansieht, und die Herstellung der tatsächlichen Gewalt im Falle der Übertragung als ein Zuviel für unnötig erachtet, da ja die bloße Voraussetzung der Gewaltausübungsmöglichkeit seitens des Erwerbers schon für den Erwerb durch Übertragung genüge. Denn bei körperlicher Übergabe beweglicher Sachen wird die tatsächliche Gewalt im Sinne des Gesetzes doch sogleich durch die Übergabe hergestellt und doch liegt hier ein Erwerb durch Übertragung seitens des Vorbesitzers vor. Verlangt man für diesen stets eine Einigung als Erwerbsfaktor, so konstruiert man einen Obersatz obigen Inhalts; denn in Abs. 1 ist von einer Einigung keine Rede. Die körperliche Übergabe aber stellt nicht nur ein qualifiziertes „Inderlagesein" dar. Nur für den Fall der Erleichterung bei der Herstellung der tatsächlichen Grundlage des Besitzerwerbes — da, wo der Erwerber gleich dem Vorbesitzer ohne weiteres in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben — hat vielmehr das Gesetz auf die Einigung zwischen Vorbesitzer und Erwerber als Erwerbsgrund Bezug genommen. Nur wo die tatsächliche Grundlage sich verflüchtigt, muß naturgemäß die rechtliche Bedeutung der Einigung wachsen, damit ein Anhalt dafür besteht, in wessen Person sich das tatsächliche Gewaltsverhältnis, auf dem sich der Besitz aufbaut, verkörpert. Denn wie z. B. bei offen liegenden Grundstücken ist die freie Gewaltausübungsmöglichkeit in der Regel allgemein gegeben, und nur die Einigung mit dem Vorbesitzer kennzeichnet den Erwerber als solchen, der allein die tatsächliche Gewalt und damit den Besitz hat. Die Einigung erlangt hier für den

Erwerb rechtliche Bedeutung, weil die tatsächliche Gewaltherstellung hier nicht durch reale Vorgänge erfolgt, sondern an ihre Stelle eine wesenlose Voraussetzung tritt. Eben deswegen aber darf man nicht die für diesen Fall maßgebende Aufstellung der Einigung als rechtlichen Faktor des Erwerbes auf die Fälle der Übertragung anwenden, in welchen sogleich die tatsächliche Gewalt greifbar hergestellt wird. Die Ansicht, daß die Einigung schlechthin Erwerbsfaktor bei der Übertragung des Besitzes sei, mag, soweit es sich um Grundstücke handelt, für die Regel zutreffend sein, insofern, als die Möglichkeit gewaltfreien Eingangs im Normalfalle und bei offen liegenden Grundstücken stets gegeben sein wird, so daß sich der Besitzerwerb durch Übertragung mindestens bei freiliegenden Grundstücken allerdings in der Hauptsache gemäß § 854 Abs. 2 durch Einigung vollziehen wird. Für bewegliche Sachen trifft sie sicherlich nicht zu.

Das Gesetz gibt keinerlei Anhalt dafür, daß schlechthin jeder Besitzerwerb durch Übertragung anders zu behandeln sei, als der originäre. Der Abs. 2 § 854 hat in folgerechter Entwicklung der bereits in ihren Grundanschauungen im römischen Recht enthaltenen Lehre, daß bei der Besitztradition in gewissen Fällen von dem strengen Erfordernisse der tatsächlichen Gewaltherstellung durch reale physische Handlung abzusehen sei, in das BGB. Aufnahme gefunden. Es liegt aber nicht im Sinne des Gesetzes, das Schwergewicht, das es den übereinstimmenden Willenserklärungen des Vorbesitzers und Erwerbers in diesen Fällen, wo sie den eigentlichen Anhaltspunkt für das Entstehen des Besitzverhältnisses in der Person des Erwerbers bilden, naturgemäß einräumt, bei allen Fällen der Übertragung des Besitzes auf den übereinstimmenden Willen zu legen, da der Grund für die rechtliche Bedeutsamkeit der übereinstimmenden Willenserklärungen, nämlich das Fehlen realer Gewaltherstellungsakte, nicht in allen Fällen und bei beweglichen Sachen auch nicht einmal im Normalfalle gegeben ist. Das geht auch aus der Entstehungsgeschichte des § 854 deutlich hervor. Der I. Entwurf des BGB. enthielt in § 803 Abs. 1 die Bestimmung:

„Mittels Übergabe wird der Besitz einer Sache erworben, wenn der Besitz von dem bisherigen Besitzer dem Erwerber eingeräumt und von diesem ergriffen wird“. Eine Einigung war hiernach für den Erwerb durch Übergabe nicht erforderlich. Diese Bestimmung wurde von der 2. Kommission, „weil selbstverständlich“, gestrichen.[1]) Dagegen wurde die beantragte Streichung auch des Abs. 2 § 803, der inhaltlich dem jetzigen Abs. 2 § 854 entsprach, und nur statt der in der 2. Kommission gewählten Wendung „Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers“ die Wendung „die Willenserklärung des bisherigen Besitzers, daß er den Besitz einräume, und die Willenserklärung des Erwerbers, daß er den Besitz ergreife“, enthielt, abgelehnt, weil der Satz für den Besitzerwerb von Grundstücken von großer Wichtigkeit sei, aber auch für bewegliche Sachen zutreffe. Als Regelfall sah man diesen Erwerb nach Abs. 2 § 854 (803 E. 1) also für bewegliche Sachen zum mindesten nicht an, wie sich aus letzterer Begründung ergibt, vielmehr als Ausnahme von Abs. 1 § 803 des I. Entwurfs, der Einräumung und Ergreifung, also reale Gewaltherstellungsakte, als Erwerbsgrund aufstellte, mithin als unter § 777 Abs. 1 des II. Entwurfs, der die tatsächliche Gewalt als einzigen Erwerbsgrund aufführte, und dem jetzigen Abs. 1 § 854 entspricht, fallend für überflüssig erachtet wurde und weggelassen werden konnte. Daß der in Abs. 1 § 803 I. Entwurfs normierte Regelfall der Übergabe als in Abs. 1 § 777 des II. Entwurfs (Abs. 1 § 854 BGB.) aufgenommen betrachtet wurde, ergibt die Tatsache, daß nunmehr der frühere Abs. 2 § 803 I. Entwurf als Abs. 2 dem § 777 des II. Entwurfs (§ 854 BGB.) zugefügt wurde.

Nun ist freilich klar, daß der Erwerb durch Übertragung auch im Falle realer Übergabe von einer Einigung begleitet sein wird, ja es ist sogar im Normalfalle eine Übergabe ohne die Begleiterscheinnng der Einigung gar nicht denkbar, sie wird vielmehr sogar schon durch den

---

[1]) Prot. zu § 803 S. 33 Nr. VII.

realen Übergabeakt, falls sie nicht außerdem noch ausdrücklich kundgegeben wird, stillschweigend erklärt, und nur ausnahmsweise, wenn sich etwa die Parteien über den Gegenstand irren, läge eine Einigung nicht vor. Aber diese Einigung ist ein rein physischer Willensakt, dem vom Gesetz keinerlei Bedeutung als Erwerbsgrund beigemessen worden ist, und nur für die Frage, ob der erworbene Besitz dem Vorbesitzer gegenüber gemäß § 858 BGB. fehlerhaft ist, kommt der Aufgabewille des Vorbesitzers in Betracht. Bei Irrtum des Vorbesitzers müßte der Erwerber demselben gemäß § 861 weichen. Besitzer ist er gleichwohl durch den Übergabeakt geworden und genießt Dritten gegenüber den Schutz des Besitzers.

Soweit es sich um diesen Normalfall realer Übergabe beweglicher Sachen handelt, treffen die Ausführungen Manigks[1]) zu, daß es sich bei der Besitzübertragung um etwas „rein Faktisches handle, ganz ebenso wie bei der einseitigen Apprehension“. Es ist richtig, daß die hier in Frage stehende Einigung[2]) „auf keinen Rechtserfolg gerichtet ist“, oder vielmehr es ist gleichgültig, ob die Parteien an den Besitzerwerb als Rechtserfolg oder nur an den Übergang der tatsächlichen Herrschaft denken. In jedem Falle ist es nicht die Einigung, die den Besitzübergang vermittelt, sondern der reale Übergabeakt genügt allein. Mit Recht führt Manigk aus,[3]) daß ein Geschäftsfähiger, der einem Geschäftsunfähigen an einer beweglichen Sache Besitz verschaffen wollte, sich vom Standpunkte der Lehre, welche die die reale Übergabe begleitende Einigung als rechtsgeschäftliche anspricht, mit diesem nicht einigen könnte, sich vielmehr erst einer List bedienen, nämlich den Gegenstand erst derelinquieren müßte, um dem Geschäftsunfähigen die Möglichkeit zu verschaffen, die nunmehr herrenlose Sache zu okkupieren. Dies zeigt deutlich

---

1) A. a. O. S. 101 ff.

2) Nicht aber die Einigung des Abs. 2 § 854.

3) S. 204.

die Unhaltbarkeit des Satzes, daß das Vorhandensein der Einigung als eines abstrakten dinglichen Vertrages notwendige Voraussetzung eines jeden Besitzerwerbs durch Übertragung sei, auch des durch reale Übergabe begründeten und das Besitzverhältnis sogleich als tatsächliches Gewaltverhältnis äußerlich in die Erscheinung bringenden Erwerbes. Manigk geht indessen insofern zu weit, als er seine Ausführungen auch auf die Einigung des Abs. 2 § 854 bezieht, und zwischen dem Besitzerwerb durch reale Übergabe und dem unter der bloßen Voraussetzung gewaltfreien Einganges durch die Einigung vermittelten Erwerbe keinen Unterschied macht. Richtig dagegen scheint Planck[1]) zwischen dem normalen Erwerb durch Übertragung und dem nach Abs. 2 § 854 sich vollziehenden zu unterscheiden. Im ersteren Falle, „in welchem sich der konsensuale Besitzwechsel durch sofortige Ausübung der Gewalt seitens des Erwerbers vollziehe, sei die Einigung nur Voraussetzung des konsensualen Besitzerwerbes, im Falle des § 854 Abs. 2 aber bilde sie zugleich eine Voraussetzung des Besitzerwerbes überhaupt." Das soll doch offenbar heißen, daß für die Frage des Besitzerwerbes selbst nach Abs. 1 § 854 das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Einigung gar nicht in Betracht kommt, und der Konsens zwischen dem Vorbesitzer und Erwerber nur für die Frage von Bedeutung ist, ob der Erwerb sich mit oder ohne Zustimmung des bisherigen Besitzers vollzieht. Die Bezeichnung „konsensualer" Besitzwechsel ist daher für den Erwerb nach Abs. 1 auch nicht korrekt; denn man muß mit Manigk daran festhalten, daß für diese — nur für die Anwendung der §§ 854 und 861 bedeutungsreiche — Frage lediglich der Wille des Vorbesitzers von Belang ist.[2]) Nur dieser wird vom Gesetz in § 858 erwähnt. Sollten sich die Willenserklärungen des Vorbesitzers und Erwerbers als placitum in idem consensus charakterisieren, so müßte, wenn der Erwerber den zustimmenden Willen des Vorbesitzers nicht kennen würde,

[1]) Erläuterung 3a zu § 854.

[2]) Vgl. auch Aravantinos S. 149, 163, Anm. 101.

auch die mala fide erfolgte einseitige Apprehension nur fehlerhaften Besitz verschaffen,[1]) was aus § 858 gleichfalls nicht hervorgeht.

Bei dem Besitzerwerb durch Übertragung seitens des Vorbesitzers braucht also bei realer Gewaltherstellung eine Einigung zwischen Vorbesitzer und Erwerber im Sinne eines abstrakten dinglichen Vertrages nicht zu erfolgen. Liegt sie aber als physischer Willensakt vor, was meist der Fall sein wird, so ist sie freilich wegen des darin enthaltenen Aufgabewillens für die Frage, ob der erworbene Besitz fehlerhaft ist, von Bedeutung, der korrespondierende Wille des Erwerbers jedoch kommt nicht in Betracht. Als Voraussetzung des Besitzerwerbes aber ist auch nicht der Wille des Vorbesitzers von Belang, sondern lediglich der die tatsächliche Gewalt unmittelbar durch sich selbst und zugleich begründende faktische Vorgang der realen Übergabe resp. bei Grundstücken die sofortige Ausübung von Herrschaftshandlungen seitens des Erwerbers, die dem Verkehr als Ausfluß der tatsächlichen Gewalt erscheinen. So sagt auch Strohal[2]): „Ganz anders (als bei der Besitzübertragung gemäß Abs. 2 § 854) verhält es sich, wenn im Falle einer Besitzüberlassung seitens des Erwerbers den Anforderungen des § 854 Abs. 1 entsprochen worden ist. Soweit dies geschehen, ist der Besitzerwerb des Nachmannes, weil von dem Besitze des Vormannes unabhängig, kein derivativer". Nur für die Beschaffenheit des vom Nachmanne erworbenen Besitzes sei es von Bedeutung, ob der Nachmann den nach § 854 Abs. 1 erlangten Besitz mit und nicht gegen den Willen des Vorbesitzers ergriffen habe, aber ein derivativer Besitzerwerb liege nicht vor. Ähnlich Biermann[3]): „Die Erlangung der tatsächlichen Gewalt genügt unter allen Umständen zum Besitzerwerb, ohne Rücksicht darauf, ob die Sache besitzfrei war oder nicht, und im letzteren Falle, ob der bisherige Besitzer mit dem Besitzerwerb des anderen einverstanden war oder nicht".

---

[1]) Vgl. Manigk, a. a. O. S. 202.

[2]) Strohal, Sachbesitz, S. 85, Anm. 83.

[3]) Biermann, Komm. zum Sachenr., Erl. 2 zu § 854.

Auch Kipp[1]) hält den Erwerb durch Übergabe, sofern die Übergabe dem Erwerber die tatsächliche Gewalt wirklich verschafft, — was die Regel sein wird — von dem durch Einigung nach Abs. 2 § 854 erfolgenden getrennt und stellt jenen Erwerb als einen ohne Rücksicht auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes, mit welchem die Übergabe im Zusammenhang steht, eintretenden dar, wenngleich er bei der Bestimmung des Abs. 2 formell bemängelt, daß zwischen schon vorhandener tatsächlicher Gewalt und der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, kein Unterschied sei. Im übrigen ist in der Literatur die Unterscheidung zwischen dem derivativen Erwerb durch Übertragung nach Abs. 2 § 854 und dem Erwerb durch Übertragung nach Abs. 1 nicht immer streng durchgeführt,[2]) vielmehr wird als selbstverständlich angenommen, daß der gesamte Erwerb unter Mithilfe des bisherigen Besitzers in Abs. 2 geregelt, und daß bei diesem Erwerb demgemäß das Hauptgewicht auf den übereinstimmenden Willen der Beteiligten zu legen sei.[3]) So sagt insbesondere Crome[4]): „In anderer Weise (als der ursprüngliche Erwerb) wird das Gewaltverhältnis hergestellt, wenn die Erlangung desselben die Mithilfe des bisherigen Besitzers voraussetzt. Hier reden wir von Besitzübergabe (Tradition). Erforderlich ist hierzu vor allem die Einigung des bisherigen Besitzers und Erwerbers über die Besitzveränderung, § 854 Abs. 2 BGB.“ Das ist aber nur insofern der Fall, als eben die Besitzübergabe in Abs. 2 geregelt ist. Wie Crome selbst sagt, steht in Abs. 2 „nur die Erleichterung in Frage. Sind im konkreten Fall zugleich die Voraussetzungen des ursprünglichen Besitzerwerbs erfüllt, so kommen etwaige Fehler der Übergabe nicht in Betracht“. Dies trifft aber bei der körperlichen Übergabe

---

[1]) In Windscheid-Kipp, Erläuter. zu §§ 148—155, I, 1 a.

[2]) Richtig ist die Unterscheidung auch bei Matthias, Lehrb. d. B. R. II, S. 9. § 3 II B. 1.

[3]) Vgl. Dernburg, d. Bürg. R. § 16, Nr. 4 und § 18 Nr. 1; Crome, System, § 347, II, 3; Endemann, Lehrb. § 37, 3 a.

[4]) A. a. O.

resp. Einräumung und sofortiger Gewaltausübung seitens des Erwerbers stets zu, und eben deswegen ist hier Abs. 1 maßgebend und nicht Abs. 2. Die Einigung spielt keine Rolle als Erwerbsfaktor. Gleichwohl haben wir es mit einem Besitzwechsel unter Mithilfe des bisherigen Besitzers zu tun.

Der faktische Vorgang körperlicher realer Übergabe oder sonstiger realer Gewaltherstellung ist also regelmäßig geeignet, eine tatsächliche Gewalt im Sinne des Verkehrs[1]) selbständig, ohne Rücksicht auf begleitende rechtsgeschäftliche Willensäußerungen, zu begründen.[2]) In den Fällen, wo trotz der realen Gewaltherstellung Besitz nicht erworben wird, ist es nicht die abweichende Vereinbarung der Parteien, die den Erwerb hindert, sondern es sind besondere Verhältnisse, die nach der Verkehrsanschauung die physisch begründete Machtbeziehung von Person zur Sache nicht als ein tatsächliches Gewaltverhältnis erscheinen lassen. Das Gesetz hebt solche Verhältnisse in § 855 ausdrücklich hervor. Es ist aber offenbar, daß mit dieser Bestimmung nicht alle derartigen Verhältnisse getroffen sind. Der Leser, der ein geborgtes Bibliotheksbuch im Lesesaal liest,[3]) die Dame, welcher der Zahnarzt ein Gebiß zur Probe eingesetzt hat,[4]) der Gepäckträger, der mein Gepäck zur Bahn trägt, während ich ihn begleite,[5]) der Reisende, der auf seine Bitte von mir das Kursbuch auf einige Augenblicke geliehen erhalten hat,[6]) derjenige, der einen bereitgestellten Sessel während eines Gartenkonzertes oder Festzuges mietet[7]) usw., alle diese Personen erwerben durch die reale Übergabe nicht Besitz, weil der Verkehr in der physischen Machtbeziehung dieser Personen zu der von ihnen innegehabten Sache eben

---

[1]) Vgl. oben.

[2]) Vgl. auch Aravantinos, S. 150; Berg, S. 49.

[3]) Cosack, Lehrb., Bd. II, § 185, 1.

[4]) Jur. Wochenschr. 24. Jahrg. 1895, S. 586, Nr. 19.

[5]) Strohal, in Iherings Jahrb., 38, S. 11.

[6]) Wendt, Arch. f. d. Zivil. Praxis, Bd. 87, S. 68.

[7]) Strohal, a. a. O., S. 11; Kniep, S. 123.

eine „tatsächliche Gewalt“ nicht verwirklicht sieht. Diese Wirkung ist keinesfalls auf die Parteivereinbarung zurückzuführen. Die gegenteilige Auffassung Knieps,[1]) als handele es sich hier um die Entstehung einer Innehabung durch Vertrag, ist abzulehnen. Abgesehen von dem Falle des Abs. 2 § 854 kennt das Gesetz keine Rücksichtnahme auf die Einigung der Parteien. Nur wo keine sonstige tatsächlichen Grundlagen den Vollzug und Fortbestand des Erwerbes kennzeichnen, nimmt der Verkehr seine Zuflucht zur Parteivereinbarung — wie das Gesetz, um jeden Zweifel auszuschließen, ausdrücklich hervorhebt, — weil die tatsächliche Gewalt nach der Verkehrsanschauung nicht bloß ein rein physisches und nicht bloß physisch begründbares Machtverhältnis ist. Wo aber physische Grundlagen an sich geeignet erscheinen, die tatsächliche Gewalt zu begründen, bleibt der Wille der Parteien als Erwerbsfaktor außer Betracht. Der Verkehr sieht aber ausnahmsweise auch die körperliche Übergabe nicht für geeignet an, die tatsächliche Gewalt zu begründen, da nämlich, wo trotz der Übergabe die Sache derart im Herrschaftskreise des Übergebenden bleibt, daß sie seinen Weisungen allein unterliegend angesehen werden muß, auch wenn er sie im gegebenen Moment nicht körperlich innehat. Die tatsächliche Gewalt wird also in diesen Fällen durch den Gewaltinhaber nur für den Übergebenden ausgeübt. Der Leser in der Bibliothek, die Dame im Atelier des Zahnarztes, der Gepäckträger, den ich begleite, der Reisende im Coupé unterliegen ja der beständigen Aufsicht der Besitzherren bezw. deren Angestellten. Entfernt sich der Leser mit dem Buche aus der Bibliothek, die Dame mit dem eingesetzten Gebiß aus dem Atelier, schicke ich den Gepäckträger allein nach der Bahn,[2]) steigt der Reisende auf der Station aus, ohne mir mein Kursbuch zurückzugeben, so werden alle diese Personen Besitzer, weil die Sachen dem tatsächlichen Herrschaftskreise des Vorbesitzers nunmehr endgültig entzogen werden. Allerdings können sich diese Per-

[1]) Kniep, S. 45 f.

[2]) Kniep, S. 41; Wendt, a. a. O. S. 68.

sonen auch vorher über den Besitzübergang mit dem Vorbesitzer einigen. Dann liegt der Fall des Abs. 2 § 854 vor. Die bloße physische Grundlage der momentanen Innehabung, die allein den Besitzübergang nach der Verkehrsanschauung nicht verlautbart, muß durch die Einigung ergänzt werden. Es kann also zwar der regelmäßig durch Innehabung begründete Besitz nicht durch Einigung zur „bloßen“ Innehabung herabgedrückt werden, wenn nicht etwa zugleich ein Abhängigkeitsverhältnis gemäß § 855 besteht oder hergestellt wird, wohl aber wird da, wo ausnahmsweise die Innehabung als bloße Gewaltausübung nicht den Besitz entstehen läßt, die Innehabung durch Einigung zum Besitz im Rechtssinne erhoben. Die Innehabung als bloße Gewaltausübung liegt aber nur dann vor, wenn die Sache der unmittelbaren Einwirkung des Besitzers trotz Übergabe oder Einräumung nicht entzogen wird (§ 855 und die Fälle der oben erwähnten Art).[1]) Eine bloße Vereinbarung ist nicht geeignet, der körperlichen Innehabung die Wirkung der Besitzbegründung zu nehmen. Auch in § 855 ist nur von einem (einem Abhängigkeitsverhältnisse der dort bezeichneten Art) „ähnlichen“ Verhältnisse die Rede, nicht von einem bloßen Rechtsverhältnis.[2])

Nunmehr können wir die Frage beantworten: Kann der handhaft übertragende Besitz bedingt erworben werden? Von der Entscheidung über die Frage der Bedingbarkeit der Einigung des Abs. 2 § 854 wird diese Art des Erwerbes nicht betroffen. Die Momente für die Beurteilung des

---

[1]) Vgl. über die Natur solcher Fälle auch Ihering, Besitzwille S. 512 ff.; Liebezeit, S. 27 und die dort zit.

[2]) In den Protokollen Bd. III, S. 32 findet sich freilich die Bemerkung, daß der § 797 a (jetzt 855) auf das „Rechtsverhältnis“ abstelle, in welchem sich der Inhaber zum Besitzherrn befindet. Es ist aber offenbar, daß das Verhältnis nicht notwendig ein Rechtsverhältnis zu sein braucht, vgl. Planck, Erl. II zu § 855; Kober, Erl. IIIb zu § 855. Auch kommt es, soweit das Abhängigkeitsverhältnis durch ein Rechtsverhältnis begründet ist, nicht auf diese rechtliche Grundlage des Verhältnisses an, sondern lediglich auf die „soziale Natur“ des Verhältnisses, ob dieses nach der Verkehrsanschauung eine „persönliche

Wesens dieses Erwerbes sind nicht aus Abs. 2 § 854, sondern aus Abs. 1 zu entnehmen. Eben deswegen ist die Frage auch zu verneinen. Der Erwerb durch Übertragung seitens des Vorbesitzers, bei welchen den Anforderungen des Abs. 1 § 854 entsprochen wird — reale Übergabe bezw. Einräumung und zugleich sich anschließende Gewaltausübung — kann nicht unter einer Bedingung erfolgen, die die Wirkung hätte, daß zwischen dem Erwerber und der Sache eine tatsächliche Machtbeziehung hergestellt würde, der Vorbesitzer aber den Besitz noch bis zum Eintritt der Bedingung behielte. Dagegen ist es allerdings zulässig, daß sich Erwerber und Vorbesitzer dahin einigen, daß der Besitz bei Eintritt einer Resultivbedingung an den Erwerber zurückfallen solle. Dann liegen aber zwei Rechtsakte vor. Einmal die unbedingte und unbedingbare Übertragung des Besitzes an den Erwerber durch reale Gewaltherstellung und ferner eine selbständig nebenher gehende aufschiebend bedingte Einigung über den Rückfall des Besitzes an den Vorbesitzer. Die Wirkung dieser Einigung ist aber nach § 854 Abs. 2 zu beurteilen, und möglich, da hier ein reales Gewaltver-

Abhängigkeit" des Besitzherrn zum Besitzdiener begründet. „Das gemeinsame Merkmal für die Fälle der Besitzdienerschaft liegt in einem inneren Momente. Der Besitzdiener erscheint sozusagen nur als Werkzeug des Besitzers für die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache." (Kober, a. a. O.) Vergl. auch R. Leonhard, bei Eck, Bd. 2, S. 9 Nr. 6: Aus dem Zwecke des § 855 ergebe sich die Notwendigkeit, „den § 855 möglichst eng auszulegen und nur da anzuwenden, wo es gilt, ein reines wirtschaftliches Unterordnungsverhältnis gegen Selbstherrlichkeitsgelüste des Untergebenen zu sichern."

Es folgt daraus mit Notwendigkeit, daß nicht einfach durch Vertrag eine Innehabung vereinbart werden kann, die nicht Besitz sein soll, wenn nicht nach der Verkehrsanschauung der Empfänger tatsächlich in ein Abhängigkeitsverhältnis zu dem Übergebenden tritt (wie z. B. bei der Heimarbeit). Nach den ursprünglichen Beschlüssen der 2. Kommission sollte es anstatt „ähnliche" Verhältnisse in einem „sonstigen Abhängigkeitsverhältnis" lauten. Der Entw. II § 878 sprach aber nur von einem sonstigen „Verhältnisse". Das war natürlich zu weitgehend. Man änderte daher diese Wendung in „ähnliche Verhältnisse" um, ohne daß dadurch eine sachliche Änderung beabsichtigt wurde.

hältnis, Innehabung des Vorbesitzers, ja nicht begründet wird, dieser vielmehr den Besitz aufgegeben hat. Ist der jetzige Vorbesitzer zur Zeit des Eintritts der Bedingung in der Lage, die tatsächliche Gewalt auszuüben, d. h. bei offenem Besitz beweglicher Sachen oder Grundstücke, so fällt an ihn der Besitz kraft der nunmehr wirksam werdenden Einigung wieder zurück. Ein resolutiv bedingtes Besitzrecht entsteht durch die in dieser Weise abgeschlossene Einigung nicht, da der Rückfall von der tatsächlichen Voraussetzung freier Eingangsmöglichkeit des Vorbesitzers zur Zeit des Eintritts der Bedingung abhängt.

Nach der Ansicht derer, die die Einigung als Erwerbsfaktor jeden Besitzerwerbes durch Übertragung, auch des handhaft übergebenen, ansehen, müßte auch eine aufschiebend bedingte Besitzübergabe, die dem Erwerber nur Innehabung verschaffte, und den Besitz des Übertragenden fortdauern ließe, möglich sein. Diese Auffassung steht jedoch nicht im Einklange mit der Bestimmung des Gesetzes, wonach durch die reale Gewaltherstellung an sich der Empfänger Besitzer wird, abgesehen von jenen Ausnahmefällen, wo die Sache trotz Übergabe oder Einweisung der unmittelbaren Einwirkung des Besitzers nicht entzogen wird.

Auch Kniep[1]) ist der Ansicht, daß es keine bedingte Besitzübergabe gebe: „Es dauert nicht im Falle einer schwebenden Bedingung der Besitz desjenigen fort, der die Sache einem anderen übergeben hatte.“ Vielmehr wird der Empfänger „mit der Übergabe sofort Besitzer . . .“ Kniep setzt sich damit freilich in Widerspruch zu seiner Ansicht, daß auch Innehabung durch bloßen Vertrag entstehen könne. Nimmt man letzteres an, so stünde auch nichts entgegen, daß dieser Vertrag den Charakter eines bedingten Besitzübertragungsvertrages annehmen könnte, daß auch bei der Übergabe nicht bloß vereinbart werden könnte, der Empfänger solle nur Inhaber werden, sondern auch, daß mit dem Eintritt einer Bedingung diese Innehabung sich in Be-

---

[1]) A. a. O., S. 160.

sitz verwandeln solle, denn es wäre eine zwecklose Formalität, wollte man verlangen, daß der reale Übergabeakt oder die Einigung als gegenwärtige wiederholt werden sollten.

Kniep[1]) erörtert folgendes Beispiel: „Der Hund des A hat sich zum Z verlaufen. A ist also noch Besitzer geblieben, Z Innehaber geworden. Z wünscht den Hund zu erwerben, wenn seine Frau, die gerade verreist, damit einverstanden. Es wird der Hund von Z gekauft unter der Bedingung, daß seiner Frau dies so recht, und einstweilen von ihm behalten". „Ich sehe nicht ein," fährt Kniep fort, „was mit der Künstelei des bedingten Besitzes gewonnen wäre. A und Z können sich dahin einigen, daß Z sofort Besitzer wird, d. h. unbedingter; sie können aber auch den Besitz des A und die bloße Innehabung des Z fortdauern lassen". Es ist aber nicht richtig, daß A schlechthin Besitzer bleibt, wenn sich der Hund zum Z verläuft. Sobald Z den Hund bemerkt und ihn bei sich behält, so wird er Besitzer. Handelt es sich aber darum, daß der Hund bloß hin und wieder in das Haus des Z läuft, so wird Z freilich nicht Besitzer. Man kann aber in diesem Falle überhaupt nicht einmal von Innehabung sprechen. Behält er den Hund bei sich, so ist er unmittelbarer Besitzer, genau so wie derjenige, der eine verlorene Sache an sich nimmt, Besitzer wird. Schließen dann A und Z einen bedingten Kaufvertrag ab, so kann wohl A den Hund dem Z zu bedingtem Eigentum übergeben, nicht aber zu bedingtem Besitz in der Weise, daß der Besitz des A und die bloße Innehabung des Z fortdauern solle. Z wird vielmehr infolge der bedingten Eigentumsübertragung stets unmittelbarer Besitzer, sein unmittelbarer Besitz ist allerdings zunächst durch den mittelbaren Besitz des A beschränkt.[2]) Mit Eintritt der Bedingung fällt der mittelbare Besitz des bisherigen Eigentümers fort. Nicht also der unmittelbare Besitz des Erwerbers ist suspensiv, sondern der mittelbare Besitz des Eigentümers ist resolutiv

---

[1]) A. a. O., § 18, S. 161.

[2]) So übrigens auch Kniep, a. a. O. für den Fall, daß vereinbart wird, Z soll unmittelbarer Besitzer werden.

bedingt. Schlägt die Bedingung fehl, so bleibt der unmittelbare Besitz des Z gleichwohl fortbestehen, bis der Hund dem A zurückgegeben wird.

Auch Kreß[1]) nimmt an, daß die Tradition beweglicher Sachen zu Gewahrsamsbesitz des Erwerbers nicht bedingt oder befristet werden kann, da sie nicht auf einem Vertrage, sondern ausschließlich auf der Gewahrsambegründung beruhe. Er führt aber zu Unrecht aus, daß stets eine bedingte Übertragung des Besitzes an Grundstücken zulässig sei.[2]) In der Weise, daß der Erwerber zunächst nur Inhaber des Grundstücks wird, der Vorbesitzer aber den Besitz behielte, ist eine bedingte Besitzübertragung auch an Grundstücken nicht möglich. Dagegen ist es allerdings möglich, den Besitz aller Sachen in der Weise bedingt zu übertragen, daß zunächst keine reale Veränderung im Besitzstande vor sich geht, und die Parteien sich nur dahin einigen, daß bei Eintritt einer Bedingung der Besitz übergehen soll. Diese Art der bedingten Einigung — Fall des § 854, Abs. 2 — ist bei Erwerb aller Sachen, beweglicher wie Grundstücke, möglich, und es geht der Besitz dann über, wenn der Erwerber zur Zeit des Eintritts der Bedingung in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben. Es ist nicht erforderlich, daß zur Zeit des Abschlusses der bedingten Einigung die freie Besitzeingangsmöglichkeit für den Erwerber bereits hergestellt ist, es genügt, wenn sie nur zur Zeit des Eintritts der Bedingung besteht. Dagegen ist die Wirkung der gegenwärtigen Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2 von der Voraussetzung des tatsächlichen in der Lage Seins, die Gewalt auszuüben, abhängig. Die Einigung überträgt daher nur den Besitz, wenn zur Zeit ihres Abschlusses diese Voraussetzung in der Person des Erwerbers bereits gegeben ist.

Nach römischem Recht konnte es einen bedingten Besitzerwerb auch bei realer Übertragung geben, weil in diesem

---

[1]) S. 320. 309 f. 315.

[2]) S. 316.

Falle, solange die Bedingung schwebte, der Erwerber nur Detention hatte. Nach BGB. kann ein derartiger Fall nur bei Übertragung an den Besitzdiener vorkommen. Regelmäßig aber ist die Besitzübertragung, die sich durch reale Gewaltverschaffung vollzieht, nicht in der Art bedingbar, daß die durch den Erwerber erlangte Machtbeziehung nur Innehabung sein und sich erst mit Eintritt der Bedingung in Vollbesitz verwandeln solle.

3. Besitzerwerb durch Einigung.

Wenden wir uns nun dem Erwerbe des Besitzes gemäß § 854 Abs. 2 zu: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben". Welche Fälle des Erwerbes hierunter zu verstehen sind, ist unschwer zu erkennen. Nicht immer ist es nach der Verkehrsanschauung erforderlich, daß Erwerber und Vorbesitzer reale Herrschaftsakte zwecks Besitzübertragung an den zu übertragenden Sachen vornehmen. Es erscheint im Verkehr zwecklos, daß der Erwerber Grundstücke oder schwer transportable Mobilien erst betreten bezw. wegschaffen oder sonst physische Herrschaftshandlung an ihnen vornehmen müsse, wenn der Besitzerwerb sich mit Einwilligung des bisherigen Besitzers vollzieht. Aber auch bei allen Sachen, an denen eine handhafte Gewalt herzustellen der Erwerber jederzeit in der Lage ist, wäre es zwecklos und eine überflüssige Formalität, bei Einwilligung des Erwerbers die wirkliche reale Herstellung der tatsächlichen Gewalt durch äußere Herrschaftshandlung, also insbesondere die körperliche Übergabe der Sache von seiten des Veräußerers an den Erwerber zu verlangen. Denn ist der Erwerber genau so wie der Vorbesitzer jederzeit in der Lage, die tatsächliche Gewalt auszuüben, wie z. B. stets bei offen liegenden Grundstücken, so ist nur die Einigung über den Übergang der tatsächlichen Gewalt an ihn nötig, um ihn nach der Anschauung des Verkehrs in die gleiche Beziehung zu der Sache zu setzen, in der der Vorbesitzer zu dieser sich befand.

Das, was die Beziehung des Vorbesitzers zur Sache vor dem Erwerbe von der des Erwerbers unterscheidet, wenn dieser die Möglichkeit freien Besitzeinganges hat, ist der von der Verkehrsanschauung respektierte Wille des Vorbesitzers, die Sache als die seinige zu haben. Der Vorbesitzer ist vermöge dieses Willens der Sache näher als jeder andere. Einigt er sich aber mit jemandem, dem die Möglichkeit jederzeitigen freien Besitzeinganges offen steht, so tritt er ihm seine bevorzugte, allein auf dem Willensmomente basierende Gewaltbeziehung zu der Sache ab. Der Erwerber wird alsdann Besitzer, ohne daß es einer physischen Gewalterlangungshandlung bedürfte.

Zu den Erwerbsarten gemäß § 854 Abs. 2 gehört vor allem der schon dem römischen Recht bekannte Fall der sogenannten longa manu traditio. Auch nach römischem Recht war es zur Übertragung des Besitzes an offen liegenden Grundstücken nicht erforderlich, daß Erwerber und Vorbesitzer sich auf das Grundstück begaben, und dort reale Gewaltübertragungsakte vornahmen.[1]) Allerdings setzte das römische Recht eine gewisse Nähe des Grundstücks voraus, wie das bekannte Beispiel der Übergabe ex turre beweist. Nach BGB. § 854 Abs. 2 ist dagegen bei offen liegenden Grundstücken, die jedermann zugänglich sind, Präsenz der Parteien nicht erforderlich. Es ist auch Übertragung vieler Meilen entfernter Grundstücke durch bloße Einigung zulässig.[2])

Unter diese Übertragungsakte gehören ferner die Fälle der brevi manu traditio und des constitutum possessorium, soweit sie nach BGB. möglich sind, d. h. nur im Verhältnisse des unmittelbaren Besitzers zum Besitzdiener.[3])

---

[1]) Vgl. über die vacua possessio, auch an Mobilien, neuerdings Kreß, a. a. O. S. 25—27, der mit der Annahme, daß offener Besitz auch an bewohnten Grundstücken bestehe, wohl von der bisherigen Meinung abweicht.

[2]) Fischer, Sachenrecht S. 24, A. 2.

[3]) Vgl. hierüber Aravantinos S. 152 und Anm. 82 und 83 dazu, sowie die dort zitierten.

Der Privatförster kann die von ihm benutzte Flinte seines Herrn und umgekehrt der Herr die dem Förster gehörige Flinte, die dieser nunmehr als Besitzdiener weiter benutzt, durch bloße Einigung erwerben. Endlich fällt auch unter § 854 Abs. 2 der Erwerb in den oben erwähnten Fällen momentaner Detention.

Eine tatsächliche Gewalt wird, wie schon angedeutet, auch bei allen diesen Erwerbsarten gemäß § 854 Abs. 2 nach der Verkehrsanschauung hergestellt, die eben nach außen hin durch die bloße Einigung des Erwerbers mit dem Vorbesitzer in die Erscheinung tritt. Zur Herstellung der tatsächlichen Gewalt in dem idealisierten Sinne bedarf es nicht der Verlautbarung durch reale, der Außenwelt erkennbare Handlungen, wenn der Beherrschung der zu erwerbenden Sache durch den Erwerber kein anderes Hindernis entgegensteht als der Wille des Vorbesitzers. Dann genügt vielmehr die Einigung mit demselben, um der Allgemeinheit gegenüber den Übergang der tatsächlichen Herrschaft auf den Erwerber zu veranschaulichen. Daher sagt das Gesetz: Die Einigung „genügt" zum Erwerbe. Der Abs. 2 § 854 ist demnach nur eine Erläuterung des in Abs. 1 aufgestellten Prinzipes, daß der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben wird.[1])

Betrachten wir die beiden Tatbestandsmerkmale des Erwerbes nach § 854 Abs. 2 näher, so zeigt sich zunächst, daß das Moment des „in der Lage Seins", die freie Besitzeingangsmöglichkeit des Erwerbers, ein Minus, eine Abschwächung, gegenüber der physischen Gewaltherstellung, eine Verflüchtigung der realen Grundlage des Besitzerwerbes bedeutet. Ist das Gesetz aber soweit gegangen, den Besitzübergang hiernach an die bloße Willenseinigung des Vor-

[1]) So auch Planck, zu § 854 Abs. 2; Aravantinos, S. 154, Anm. 87; Berg, S. 50; damit ist aber nicht die Gleichheit der juristischen Natur der „Einigung" beim Erwerbe durch Abs. 2 und der den Erwerb nach Abs. 1 begleitenden Willensäußerung ausgesprochen. Denn in dem Maße als das Traditionscorpus sich verflüchtigt, wächst die Bedeutung der Einigung.

besitzers und Erwerbers zu knüpfen? Eine derartig weite Auslegung des § 854 Abs. 2 bedeutet es in der Tat, wenn das Erfordernis der freien Besitzeingangsmöglichkeit als nur beschwerendes und eigentlich überflüssiges Anhängsel neben der Einigung in der Weise in den Hintergrund gedrängt wird, daß man sagt, im polizeilich geordneten Kulturstaat sei der Erwerber von selbst in der Lage, wenigstens bei Grundstücken, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Denn es werde keinem Dritten einfallen, gewaltsam einzugreifen. Man könne also annehmen, daß jener Vertrag, mit dem Besitzer geschlossen, Besitz verschaffe, falls nicht außergewöhnliche Störungselemente vorliegen.[1]) Kreß[2]) insbesondere führt aus, daß der Zusatz „wenn der Erwerber in der tatsächlichen Lage ist usw." nur für bewegliche Sachen einen Sinn habe, bei Grundstücken dagegen läge die Verkehrsauffassung auf die Handgreiflichkeit des Besitzes, auf die Herstellung oder das Bestehen eines gewahrsamähnlichen Verhältnisses kein Gewicht; sie befänden sich stets im gebundenen offenen Besitz und wenn die Verkehrsauffassung dieser Handgreiflichkeit usw. für die Änderung des Besitzstandes an Grundstücken keine Bedeutung beimesse, so müsse folgerichtig auch der Gesichtspunkt, ob der Besitzerwerber auch in der Lage sei, ein solches handgreifliches Verhältnis herzustellen, für die Tradition des Grundstücksbesitzes als bedeutungslos erachtet werden." Dies ist aber nur insofern richtig, als bei Grundstücken viel häufiger im Verkehr als bei beweglichen Sachen die Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben, bestehen wird, durchaus aber nicht immer. Wenn Kreß z. B. behauptet, daß es bei bewohnten Grundstücken zur Übertragung des Besitzes nicht der Räumung des Vorbesitzers bedürfe, daß vielmehr der bloße Konsens genüge, so setzt er sich in Widerspruch zur herrschenden

---

[1]) Vgl. Landsberg, a. a. O. S. 627; Kreß, S. 155 und Anm. 474 dazu; auch Enneccerus-Lehmann: Besitzübertragung durch bloßen Vertrag (Bd. II, S. 17).

[2]) A. a. O.

Ansicht in der Literatur[1]) und wohl auch zur Praxis.[2]) Daß die vorübergehende Unzugänglichkeit eines Grundstückes die konsuale Besitzübertragung nicht hindert, ändert an dem grundsätzlichen Erfordernis der Gewaltausübungsmöglichkeit nichts, die Regel wird durch diese Ausnahme nur bestätigt. Denn in diesem Falle ist auch der Vorbesitzer der Sache gegenüber in gleicher Lage wie der Erwerber. Es bedarf aber zur Erfüllung des Erfordernisses des § 854 Abs. 2 nur, daß die Machtbeziehung des Erwerbers eine gleiche ist, wie die des Vorbesitzers. Denn dann entscheidet, wie oben dargetan, allein die Willenseinigung.[3])

Die Entscheidung der Frage, ob der Erwerb nach § 854 Abs. 2 bedingt oder befristet sein kann, deckt sich mit der Frage, ob der Einigung, dem eigentlichen Erwerbsfaktor dieser Erwerbsart neben dem tatsächlichen Element des in der Lage Seins, das nur eine Voraussetzung des Erwerbes bildet, also vor Abschluß der gegenwärtig, sofort wirken sollenden Einigung bereits vorhanden sein muß, ein rechtsgeschäftlicher oder rechtsgeschäftsähnlicher Charakter beizumessen ist, so daß die Vorschriften über Rechtsgeschäfte mindestens analog anwendbar sind. Dies wird fast einstimmig angenommen.[4])

---

[1]) Vgl. Biermann, Anm. 8 zu § 854; Endemann, 2, 1, § 36, Anm. 16; Fischer in Fischer-Henle, Anm. 11 zu § 854: Planck, Erl. III b zu § 854; Crome, III, § 347, 3 a und Note 35; Kniep, S. 286, § 34, Nr. 1: Verlassen des Grundstücks, Aufgeben der Obhut.

[2]) Vgl. Entsch. d. RG., abgedr. im „Recht" 1907, S. 449: Für die Anwendung des Abs. 2 ist dann niemals Raum gegeben, wenn der bisherige Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht aufgibt, sondern behält. Auf die rechtliche Verfügungsgewalt kommt es beim Besitze nicht an.

[3]) Vgl. Berg, S. 18. Eine bedingte oder befristete Einigung ist allerdings in diesen Fällen möglich, aber deswegen, weil die Unmöglichkeit der Gewaltausübung bis zum Eintritt der Bedingung oder des Termins noch behoben werden kann, und nur wenn dies geschieht, bewirkt die Einigung in diesem Zeitpunkt den Besitzwechsel.

[4]) Vgl. Strohal, Sachbes. S. 81; Turnau-Förster, das Liegenschaftsr. I. Bd., Erl. zu § 854, Ziff. 4; Landsberg, § 170, II, 1 c; Enneccerus-Lehmann, II. Bd., § 5, Ziff. 3, 2 b; Dernburg, Bürgerl. R.,

Dagegen sind nur Planck,[1]) Manigk[2]) und Männer.[3]) Planck entnimmt seine Ansicht daraus, daß auch in Abs. 2 § 854 die Einigung nur Mittel zur Herbeiführung der tatsächlichen Gewalt sei. Dies ist richtig. Gleichwohl ist die hier in Frage kommende Einigung von anderer Art, als die den Erwerb durch körperliche Übergabe nach Abs. 1 begleitenden Willensäußerungen. Denn während dort die tatsächliche Gewalt durch die realen Herrschaftshandlungen verlautbart wird, ist hier für den Verkehr die Einigung unter der gegebenen Voraussetzung freier Eingangsmöglichkeit das einzige Kennzeichen der Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Erwerber. Das bloße in der Lage Sein führt einen Übergang des Besitzes, auch wenn es im Willen des Vorbesitzers liegt, den Besitz zu übertragen, nicht herbei. Beispiel: Der dem Ziegeleibesitzer B bekannte Bauunternehmer A beginnt den Bau eines Hauses. B, der einige Tausend Stück Ziegeln gerade zur Verfügung hat, läßt sie zunächst ohne Wissen des A vor dessen Bauplatz auf offener Straße abladen, in der Hoffnung, A werde sie ihm abkaufen. A wird zunächst nicht Besitzer, und nur wenn er sich nachträglich über den Besitzübergang mit B einigt, geht der Besitz auf ihn über. Werden die Ziegeln aber inzwischen von den Arbeitern des A im Bau verwendet, so wird auch bei Scheitern der Einigung über den Besitzübergang A Besitzer.

Insofern, als die Einigung hier nicht nur Kennzeichen des unter Zustimmung des Vorbesitzers erworbenen Besitzes, also nicht nur für die Eigenschaft des erlangten Besitzes von Bedeutung ist, sondern Kennzeichen der Erlangung der tatsächlichen Gewalt und damit des Besitzes überhaupt, also Erwerbsfaktor ist, und zwar alleiniger Erwerbsfaktor, da

---

Bd. III, § 18, Anm. 2; Windscheid-Kipp, Bd. I, Erl zu §§ 148—155, I, 1 b, S. 690; Cosack, Lehrbuch, II. Bd., § 187, I, 6, S. 74; Neumann, Handausg. des BGB., Erl. zu § 854, Z. 3 b; Müller u. Meikel, I. Bd. § 206, S. 693 u. a.

[1]) Planck, a. a. O.

[2]) Manigk, Anwendungsgebiet usw., S. 200 ff.

[3]) Männer, S. 131.

die Voraussetzung der Besitzeingangsmöglichkeit vor ihrem Abschluß in der Regel bereits hergestellt sein muß, so kann man sagen, daß die Einigung den Besitzerwerb selbständig herbeiführt. Sie braucht allerdings nur auf die Herstellung der tatsächlichen Gewalt gerichtet sein, die Parteien brauchen nicht an den mit der Erlangung der tatsächlichen Gewalt mit Rechtsnotwendigkeit eintretenden Besitzerwerb zu denken. Trotzdem wäre es gekünstelt, deswegen der Einigung die Rechtsgeschäftsqualität absprechen zu wollen, da sie jedenfalls auf diese Weise mindestens mittelbar den rechtlichen Erfolg herbeiführt.[1])

Übrigens lassen auch Planck und Männer wenigstens die analoge Anwendung der Vorschriften über Bedingungen und Befristungen zu, so daß der Streit über die Rechtsnatur der Einigung für unsere Frage nicht weiter von Bedeutung ist.

Es ist also unzweifelhaft, daß die Einigung in den Fällen des Erwerbes nach § 854 Abs. 2 bedingt oder befristet werden kann.[2]) Die Einigung ist rechtsgeschäftlicher Natur. Während das Traditionscorpus sich abschwächt, verflüchtigt, gewinnt die Einigung an Bedeutung für den Erwerb, sie ersetzt in gewissem Maße die tatsächliche Gewalt.

III. Bedingtes Besitzrecht?

Wie haben wir uns nun die Wirkung eines solchen nach Abs. 2 § 854 erfolgten bedingten oder befristeten Erwerbes zu denken? Handelt es sich hier um einen wirk-

---

[1]) Ob die Parteien gerade an die rechtlichen Folgen denken, ob diese ihnen, wenn sie sich über den Besitzübergang einigen, wirklich zum Bewußtsein kommen, oder ob ihnen mehr die tatsächliche mit dem Besitzrecht verbundene Herrschaft vorschwebt, darauf kommt es nicht an, wenn sie nur den Übergang des Besitzes wollen. Vgl. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgesch., S. 120; Nord, Nat. der Besitzübertr., S. 61. Auch dem Eigentum liegt ein tatsächliches Verhältnis zugrunde und man wird auch „die Eigentumsübertragung nicht deshalb für ungültig erklären können, weil die Parteien etwa nur die mit dem Eigentum verbundene Herrschaft bei der Übertragung im Sinne hatten." (Bruck, a. a. O.]

[2]) Eine Befristung z. B. ist bei Übergabe von Grundstücken nicht selten. Kreß, S. 316, Anm. 854.

lichen bedingten Rechtserwerb wie bei bedingter Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen? Tritt mit dem Perfektwerden der Bedingung der Erwerb des Besitzes auch hier unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen, die nach der Verkehrsanschauung für den Erwerb maßgebend sind, ein, ebenso wie auch bei bedingt übertragenem Eigentum bei Eintritt der Bedingung der Eigentumswechsel sich vollzieht, gleichgültig, wo die Sache sich befindet und ob der Erwerber noch im Besitze der Sache ist oder nicht? Wäre dies der Fall, so würde sich allerdings die Natur des Besitzes als eines subjektiven Rechts darin deutlich offenbaren. Es entstünde auch bei bedingter Einigung wie sonst bei bedingten Rechtsgeschäften ein bedingtes Recht, eine Anwartschaft, eine rechtlich gesicherte Aussicht auf die Wirkungen, die von der Bedingung abhängen.

Wir haben schon gesehen, daß der Besitz im Falle bedingt abgeschlossener Einigung bei Eintritt der Bedingung nur dann übergeht, wenn der Erwerber zu dieser Zeit in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben. Dieses letztere Erfordernis ist freilich notwendige Voraussetzung für die Wirkung der Einigung überhaupt, für die auf gegenwärtige Übertragung wie für die auf zukünftigen Besitzwechsel gerichtete. Man kann sich als Mieter einer Wohnung mit dem Vermieter über den gegenwärtigen Besitzübergang der gemieteten Wohnung nicht einigen, solange die Wohnung noch von einem Dritten oder dem Vermieter selbst bewohnt ist, man also nicht in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben. Eine solche Einigung „genügt“ nicht zum Erwerbe des Besitzes, sie ist wirkungslos. Ebenso wirkungslos ist daher die bedingt oder befristet abgeschlossene Einigung, wenn zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder Befristung der Erwerber nicht die Möglichkeit, freien Gewalteingangs hat. Wenn also, um bei dem obigen Beispiel zu bleiben, der Vermieter sich nur unter der Bedingung über den Besitzübergang einigt, daß seine Frau zustimmt, so geht der Besitz nicht über, wenn die Bedingung zwar eintritt, die Wohnung aber zu dieser Zeit nicht geräumt ist.

Nicht die Wirkung der **Bedingung** ist hier eine andere wie bei sonstigen Rechtsgeschäften, sondern die Wirkung der Einigung selbst tritt wegen Mangels einer gesetzlichen Voraussetzung nicht ein. Es liegt an dem Wesen des von dem tatsächlichen Untergrunde nicht loslösbaren Besitzverhältnisses, daß auch seine rechtsgeschäftliche Übertragung von einer tatsächlichen Voraussetzung abhängig ist. Wie er ein eigenartig gestaltetes, auf tatsächlicher Grundlage sich aufbauendes und mit ihr fest zusammenhängendes Recht ist, so ist auch das auf seine Übertragung gerichtete Rechtsgeschäft ein eigenartiges, im Vergleich zu den übrigen Rechtsgeschäften von minderer Wirkung; es kann nur wirken bei einer bestimmten tatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse, die dem Erwerber die Möglichkeit der Ausübung des zu übertragenden Besitzrechtes gewährt. Nicht das „Wie" der Wirkung der Bedingung, sondern „ob" die Bedingung überhaupt wirken kann, ist bei bedingter Besitzübertragung stets in Frage gestellt, weil außer dem Eintritt der Bedingung auch noch das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzung freien Besitzeinganges des Erwerbers zu diesem Zeitpunkte ungewiß ist. Eben deswegen schafft aber auch die bedingt abgeschlossene Einigung kein bedingtes Besitzrecht. Das Wesen des bedingten Rechts besteht ja eben darin, daß es nur noch des Eintritts der Bedingung bedarf, damit das Recht auch wirklich zur Entstehung kommt. Das bedingte Recht stellt sich als eine nur noch lediglich von dem Eintritt der Bedingung abhängige rechtlich gesicherte Aussicht auf die Entstehung des voll wirksamen Rechts dar. Es entsteht also bei bedingter Einigung über dem Besitzübergang kein bedingtes Besitzrecht, das etwa Gegenstand einer Feststellungsklage sein könnte oder auf den Erben überginge. Es entsteht keine rechtliche gesicherte Aussicht auf Eintritt des Besitzrechtes. Aber es wird durch die bedingte Einigung nicht einmal ein festes tatsächliches Verhältnis geschaffen, das des Schutzes würdig wäre. Es entsteht keine Innehabung des Erwerbers, sondern höchstens die bloße Möglichkeit freien Gewalteinganges, ein bloßes in der Lage Sein,

das jeden Augenblick aufhören kann, wenn ein anderer Besitz ergreift oder überhaupt der Vorbesitzer den Besitz verliert. Eine derartige leicht zerstörbare, luftige Gewaltbeziehung, eine bloße Gewaltausübungsmöglichkeit, nur darum, weil sie event. in Zukunft zum Besitz erstarken könnte, schon als solche zu schützen, liegt kein Grund für den Gesetzgeber vor. Ein derartig verflüchtigtes tatsächliches Verhältnis bedarf noch weniger des Rechtsschutzes als die bloße Innehabung, z. B. des momentanen Detentors.

Entsteht nun zwar durch die bedingte Übertragung kein bedingtes Besitzrecht, so führt doch die bedingte Einigung bei Eintritt der Bedingung den Besitzwechsel herbei, wenn zu dieser Zeit der Erwerber in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben. Die Wirkung der Bedingung ist also die gleiche wie bei sonstigen bedingten Rechtsgeschäften. Die Wirkung der bedingten Einigung selbst aber ist Tatfrage.

D. Mittelbarer Besitz.

Wie die Übertragung des unmittelbaren Besitzes gemäß § 854 Abs. 2 BGB. kann auch die Übertragung des mittelbaren Besitzes gemäß § 870 BGB. unter einer Bedingung oder Befristung erfolgen. Aus der Bestimmung des § 868: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher . . . . oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer" ergibt sich, daß der mittelbare Besitz stets auf dem unmittelbaren Besitz eines andern basiert. Da nun der unmittelbare Besitz auf einer tatsächlichen Gewaltbeziehung des Besitzers zur besessenen Sache beruht, so baut sich freilich auch der mittelbare Besitz, der sich an den Besitz dieses für ihn unentbehrlichen Besitzmittlers anknüpft, auf einer tatsächlichen Unterlage auf.[1]) Aber was den eigentlichen Inhalt des mittelbaren Besitzes ausmacht, ist doch nach § 868 BGB. der obligatorische Anspruch des mittelbaren Besitzers gegen den un-

[1]) Vgl. Cosack, II, § 185; Landsberg, II, § 172.

mittelbaren, und zur Übertragung des mittelbaren Besitzes genügt nach § 870 jedenfalls die Abtretung dieses Anspruches allein. Das Gesetz verfährt hier ähnlich wie bei dem derivativen Erwerb des Erben sehr „radikal"[1]) und bringt das Prinzip der Übertragung des Besitzes durch Vertrag hier am deutlichsten zur Geltung. Daß es sich bei dieser Besitzübertragung nach § 870 um einen Vertrag handelt, ist wohl auch allgemein anerkannt,[2]) selbst Dernburg, der doch sonst auf dem Standpunkt steht, aller Besitzerwerb sei originär, nimmt für diesen Fall an, daß es hier der übereinstimmende Wille ist, welcher den Besitzübergang herbeiführt. Danach steht auch der Hinzufügung einer Bedingung bei dieser Art der Übertragung nichts im Wege. Daß der mittelbare Besitz auch resolutiv bedingt sein kann, ist bereits oben ausgeführt worden. Der den unmittelbaren Besitz bei bedingter Eigentumsübertragung beschränkende mittelbare Besitz ist ein resolutiv bedingter, der bei Eintritt der Bedingung ipso iure zu existieren aufhört.

---

[1]) Cosack, a. a. O.

[2]) Vgl. Biermann, Erl. zu § 870; Planck, zu § 870; Kipp in Windscheid-Kipp, I, S. 699; Dernburg, Bürgerl. R., III, § 18, Nr. 6; Fischer-Henle, Erl. zu § 870.

□ □ □

Lebenslauf.

□□□

Ich, Max Riedel, wurde am 4. März 1881 zu Laskowitz, Kr. Ohlau i. Schles., als Sohn des Brauereipächters Gustav Riedel und seiner Ehefrau Emma, geb. Herbst, geboren und im evangelischen Glauben erzogen.

Nach Absolvierung des Gymnasiums zu Bunzlau widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Genf (3. Semester) und Breslau und hörte vornehmlich die Vorlesungen der Herren Professoren Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Heilborn, Leonhard, Klingmüller, Meumann, Schott, Sombart und Wolff.

Am 15. Juli 1907 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Königlichen Oberlandesgericht zu Breslau, am 1. August 1907 das Rigorosum.

Zurzeit bin ich in Breslau Referendar in der Anwaltstation.

□□□